

**Banco Mundial, Departamento del Medio Ambiente**

**MANUAL DE PRÁCTICAS CONSTRUCTIVAS EN MATERIA DEL  
RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A  
LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES**

BORRADOR PARA DISCUSIÓN  
Publicado en Mayo, 1997

Preparado para el Banco Mundial por el  
International Center for Not-for-Profit Law, ICNL

Versión en Español: Fernando Rojas, Consultor

© Banco Mundial

Esta versión del Manual será objeto de amplia distribución con el fin de hacer asequible su información a un gran número de usuarios tan pronto como sea posible.

La publicación de una versión definitiva del Manual en idioma Inglés está prevista para dentro de 18 a 24 meses. Copias de este Borrador para Discusión en idioma Inglés pueden ser solicitadas al World Bank's Social Development Department (NGO Unit); y la presente versión en idioma Español se encuentra como archivo en la Web: .....

## **Siglas y Abreviaturas**

Nota: Para evitar confusiones terminológicas, el texto en Español emplea las mismas siglas y abreviaturas del texto en Inglés. La única excepción es la sigla ONG, la cual, si bien denota un concepto vago e impreciso, tiene la misma acepción en todos los países de habla hispana. ONG corresponde estrictamente a la sigla inglesa NGO.

GONGO.....ONGs Gubernamentales u Organizadas por el Gobierno

ICNL.....International Center for Not-for-Profit Law

MBO.....Organización de Beneficio Mutuo

NGO.....Organización No Gubernamental

ONG.....Organización No Gubernamental

PBO.....Organización de Beneficio Público

QUANGO...Organización Cuasi No Gubernamental

# **MANUAL DE PRÁCTICAS CONSTRUCTIVAS EN MATERIA DEL RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES**

## **TABLA DE CONTENIDO**

### **Introducción**

1. Antecedentes al interés del Banco Mundial en ONGs
2. Antecedentes a este Manual
3. Fuentes y Metodologías

### **Capítulo A. La Relación de las ONGs con la Sociedad**

1. El porqué de la reforma de las leyes relativas a las ONGs
2. Razones por las cuales un país desearía tener un sector no gubernamental fuerte, vigoroso e independiente

### **Capítulo B. Definiciones y Terminología**

1. Definiciones y Terminología

### **Capítulo C. Las Relaciones entre las Leyes que Rigen las ONGs y las demás Normas de un Sistema Jurídico**

2. Relación del régimen legal de las ONGs con otras leyes del mismo sistema jurídico

### **Capítulo D. Existencia Legal de las ONGs**

3. Constitución jurídica (Registro o Incorporación)
4. Agencia Estatal Responsable
5. Reforma de los Estatutos por parte de la misma ONG
6. Reforma de los Estatutos cuando la ONG no puede reformarse a sí misma
7. Registro Público
8. Fusiones y Divisiones
9. Terminación, Liquidación y Disolución

### **Capítulo E. Estructura y Gobierno Interno**

10. Requisitos Mínimos de los Estatutos
11. Disposiciones Optativas y Requisitos Especiales
12. Responsabilidades de los Funcionarios y Directivos
13. Deberes de Lealtad, Diligencia y Reserva de Información
14. Prohibición de Conflictos de Interés

### **Capítulo F. Prohibición de Beneficio Particular Directo o Indirecto**

15. Prohibición de Distribución de Utilidades

16. Prohibición de Beneficio Particular
17. Prohibición de Actuación en Provecho Propio
18. Prohibición de Reversión de los Activos

### **Capítulo G. Actividades y Operaciones de las ONGs**

19. Actividades Económicas
20. Licencias y Permisos
21. Actividades Políticas

### **Capítulo H. Financiación**

22. Recaudación de Donaciones - Limitaciones, Patronos, Mecanismos

### **Capítulo I. Informes**

23. Informes y Control Internos, Auditoría Independiente
24. Informes Obligatorios y Auditoría por un Organismo de Supervisión
25. Informes Obligatorios y Auditoría por la Administración Tributaria
26. Informes Obligatorios y Auditoría por Agencias que otorgan Licencias
27. Informes a los Donantes
28. Publicidad de la Información
29. Sanciones Especiales

### **Capítulo J. Tributación**

30. Exención del Impuesto sobre la Renta para las ONGs
31. Deducciones o Créditos del Impuesto sobre la Renta por concepto de Donaciones a las ONGs
32. Tributación de las Actividades Económicas
33. Impuesto sobre el Valor Agregado e Impuestos de Importación
34. Otros Impuestos

### **Capítulo K. ONGs Extranjeras y Fondos Extranjeros**

35. Constitución Jurídica y Supervisión de ONGs Extranjeras
36. Financiación Extranjera

### **Capítulo L. Otras Relaciones entre Gobiernos y ONGs**

37. QUANGOs y GONGOs
38. Acceso a Fondos Públicos y Contratos Administrativos
39. Transferencia de Activos y de Servicios del Sector Público

### **Capítulo M. Autorregulación**

40. Autorregulación

## **APÉNDICES AL ORIGINAL EN INGLÉS (no traducidos)**

### **Apéndice I. Actividades Económicas y Tributación**

*Discusión de las actividades económicas de las ONGs y de la tributación sobre el ingreso producido por tales actividades.*

### **Apéndice II. Informe del Grupo de Trabajo sobre Autorregulación**

*Este Informe fue adoptado por la Conferencia sobre Regulación de la Sociedad Civil celebrada en Sinaia, Rumania, entre el 12 y el 15 de Mayo de 1994. Participaron representantes de más de cien ONGs de Europa Central. El Informe formula recomendaciones para la autorregulación de las ONGs en siete áreas (administración, integridad organizacional, prácticas de gestión y de recursos humanos, finanzas, comunicaciones al público, recaudación de fondos y programación estratégica) y contiene también recomendaciones sobre el papel de las organizaciones "paraguas" en promover y defender estándares de adhesión voluntaria para grupos de ONGs. Este Informe es un listado útil de lo que se puede alcanzar mediante autorregulación.*

### **Apéndice III. Contabilidad de Organizaciones de Caridad - El Nuevo Marco**

*Este folleto, publicado por la Charity Commission de Inglaterra y Gales, describe varios requerimientos de información exigidos a las entidades de caridad en función de su tamaño.*

### **Apéndice IV. Declaración de Propósitos y Estándares de Filantropía Nacional por parte del National Charities Information Bureau (NCIB) Estadounidense**

*NCIB es una organización privada y sin ánimo de lucro que ha evaluado las ONGs de los Estados Unidos durante 77 años. El propósito del NCIB es promover la práctica de una "filantropía bien informada" mediante el suministro de información al público en general acerca de la medida en que las grandes entidades de caridad –que regularmente buscan el apoyo público– cumplen con los estándares establecidos por la propia NCIB en nueve áreas (gobierno interno, fines, programas, transparencia, origen de los recursos financieros y actividades conexas, uso de los fondos, información anual, rendición de cuentas, y presupuesto).*

### **Apéndice V. Siglas de ONGs**

*Listado de varias de las siglas mediante las cuales se identifican las ONGs alrededor del mundo. Fue compilado por Adil Najam.*

### **Apéndice VI. Contribuyentes**

*Listado de individuos cuya participación personal o profesional contribuyó para la elaboración de este Manual.*

# MANUAL DE PRÁCTICAS CONSTRUCTIVAS EN MATERIA DEL RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

## Introducción

### 1. Antecedentes al interés del Banco Mundial en las ONGs.

El Banco Mundial, al igual que otras agencias para el desarrollo, se ha interesado crecientemente en el trabajo de las organizaciones no gubernamentales (ONGs) a lo largo de la última década. La proporción de proyectos financiados por el Banco que de una manera u otra involucran ONGs se elevó de un promedio del 6% en los años fiscales 1973-1988 al 48% en el año fiscal 1996.<sup>1</sup>

Aunque la participación inicial de las ONGs estuvo inicialmente orientada hacia el suministro de servicios focalizados en la pobreza o al mejoramiento de la relación costo-resultado de los servicios, y su participación representó frecuentemente un aspecto muy pequeño de los proyectos, en los últimos años los roles de las ONGs se han ampliado y profundizado. La diversificación de roles fue descrita por primera vez en la Instrucción Operativa (Operational Directive) del Banco sobre las ONGs.<sup>2</sup> Políticas subsiguientes del Banco subrayaron la importancia de la contribución de las ONGs a los asuntos relativos a los pueblos indígenas, los asentamientos humanos, la reducción de la pobreza y las cuestiones de género.<sup>3</sup>

Este nivel superior de colaboración (que involucra, de hecho, el respectivo gobierno) ha permitido al Banco identificar las importantes contribuciones de las ONGs al desarrollo, más allá de su capacidad de ofrecer servicios. Algunas de las ONGs reúnen importantes conocimientos especializados, por ejemplo en los temas ambientales. Otras ONGs trabajan en estrecha asociación con las comunidades pobres y están en capacidad de ayudar a promover enfoques de desarrollo participativo y de identificar prioridades de la población pobre. Todavía otras contribuyen a fortalecer la sociedad civil mediante información y educación del público, por ejemplo sobre sus derechos, o sobre los servicios que se le deben prestar o mediante su concurso en la armonización de las políticas y las prácticas gubernamentales con las necesidades de los ciudadanos pobres. Esta diversidad ha llevado a ampliar las formas de cooperación entre el Banco y las ONGs dentro de las cuales se incluye hoy la colaboración entre un gobierno, el Banco y las ONGs en proyectos específicos.<sup>4</sup> Ha contribuido también a la formación de las políticas del Banco con relación a la publicidad (disclosure) de la información y a las consultas públicas.<sup>5</sup> Así ha ocurrido, por ejemplo, en el campo de la preparación de Evaluaciones Ambientales (requeridas de todos los proyectos que pueden tener un impacto ambiental substancial), respecto de los cuales el Banco exige una “consulta significativa entre los prestatarios y los grupos afectados y las ONGs locales”, sobre la base de la exhibición oportuna de la información relevante.<sup>6</sup>

Con base en su propia experiencia, el Banco aconseja ahincadamente a los gobiernos involucrar a las ONGs en la preparación de los Planes Nacionales de Acción Ambiental y en el diseño de los programas de reducción de la pobreza. Por esta razón, el Banco llega hasta

“estimular a los gobiernos para que respondan a las ONGs que piden información o formulan preguntas acerca de las actividades apoyadas por él mismo”.<sup>7</sup>

La participación de las ONGs en las actividades apoyadas por el Banco es también una vía primordial de conseguir el desarrollo *participativo*, que la experiencia ha demostrado que ayuda a lograr las metas del Banco en materia de desarrollo económico y social. Participación es el término utilizado por el Banco para describir el proceso por el cual los grupos (stakeholders) cuyos intereses están comprometidos con el desarrollo (el Banco, el prestatario y aquellos que se ven afectados directa o indirectamente por un proyecto de desarrollo) influyen sobre las iniciativas de desarrollo y comparten el control sobre ellas y sobre las decisiones y los recursos que los afectan.<sup>8</sup>

El Banco impulsa también los enfoques de gobierno participativo tanto en el diseño como en la aplicación de los proyectos que financia, con fundamento en el hecho de que estos enfoques aumentan efectivamente el desarrollo.<sup>9</sup>

Para que el Banco pueda trabajar efectivamente con las ONGs, y derivar todo el beneficio que los aportes de éstas pueden potencialmente producir para un desarrollo exitoso, es esencial que las ONGs sean establecidas libremente y operen sin restricciones indebidas en el país en el que el Banco trabaje; que las ONGs sean independientes del gobierno y que sean transparentes y responsables (accountable) ante los demás. Sólo cuando existe amplia libertad para que las ONGs que están o puedan estar interesadas en participar en proyectos financiados por el Banco sean creadas por cualquier segmento de la sociedad, podrán las ONGs reflejar todo el rango de puntos de vista relevantes y de especialidades pertinentes para una amplia gama de proyectos de desarrollo. De la misma manera, esas ONGs necesitan gozar de la gama completa de facultades, privilegios e inmunidades de que disfrutaran otras personas jurídicas en la sociedad como también de igual independencia del gobierno. Cuando las ONGs son transparentes y han desarrollado adecuadamente los mecanismos que las hacen responsables (accountable) ante sus beneficiarios y ante sus auspiciadores, la integridad de cada ONG y del conjunto del sector de las ONGs está asegurada. Entonces existe una probabilidad mayor de que las ONGs representen fielmente los puntos de vista de los pobres.<sup>10</sup>

El Banco aboga entre los gobiernos de los países miembros para que utilicen métodos participativos en la selección, el diseño, la aplicación y la evaluación de programas de desarrollo, sobre la base de que tales métodos hacen más eficaz el desarrollo.<sup>11</sup> Con relación a ciertas materias, tales como la preparación de Evaluaciones Ambientales (Environmental Assessments), el Banco **requiere** que se consulte con las comunidades y con las ONGs locales. “Esa participación y esa consulta, para que sean útiles a todos, suponen un grado mínimo de libertad de expresión y de libertad de reunión” y, por ello, sería legítimo que el Banco negara el otorgamiento de créditos en casos extremos relacionados con estas materias cuando tales libertades no existan.<sup>12</sup>

El reconocimiento por parte del Banco de que un sector voluntario (voluntary sector) sólido contribuye de manera importante con el desarrollo equitativo y sostenible se refleja en su trabajo sobre el “buen gobierno” (good governance). Este trabajo reconoce también que, por muchas razones, el sector voluntario (incluidas las ONGs y otros elementos de la sociedad civil) es más fuerte en unos países que en otros. “Un factor claramente poderoso es la hostilidad o el estímulo del gobierno(...) Las políticas gubernamentales determinan el contexto,

más o menos favorable, para las ONGs y para los roles que ellas asumen.”<sup>13</sup> Tales políticas incluyen derechos relativos a la libertad de expresión o a la libertad de asociación, medidas regulatorias, políticas fiscales, relaciones financieras o de cooperación y políticas referentes a la necesidad de consultar con el público y con las ONGs.<sup>14</sup> Algunos gobiernos acogen ciertas actividades de las ONGs (especialmente las dirigidas a la reducción de la pobreza) pero rechazan otras, entre las cuales se pueden incluir tareas que respaldan o complementan las que sí son acogidas, tales como las de actuar en defensa de ciertos intereses. “Algunos gobiernos sospechan de las ONGs precisamente por razón de su actuación en defensa de los pobres.”<sup>15</sup> El Banco, sin embargo, aconseja a los gobiernos acoger las funciones más amplias de las ONGs y permitir y promover “una sociedad civil fuerte que participe en los asuntos públicos”,<sup>16</sup> por razón de la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil de “mediar entre los individuos y el Estado, de informar la discusión pública, de cumplir con funciones sociales y de hacer a los gobiernos responsables (accountable)”.<sup>17</sup>

## 2. Antecedentes al Manual

Como resultado de la convicción creciente de que un sector saludable de ONGs hace una grande contribución al desarrollo, el Banco ha iniciado varios estudios sobre los sectores nacionales de las ONGs.<sup>18</sup> Este trabajo ha establecido con frecuencia que la imprecisión, la restrictividad, la arbitrariedad o la impredecible aplicación de las leyes relativas a las ONGs son los mayores obstáculos al desarrollo del sector e impiden que ciertas ONGs alcancen todo su potencial. De otra parte, cuando las leyes sobre ONGs son muy laxas o simplemente no existen, es fácil que individuos inescrupulosos saquen provecho de ello y desprestigien todo el sector de las ONGs.

Esos estudios han llevado el Banco a la convicción de la utilidad de un manual de prácticas constructivas en materia del régimen legal aplicable a las ONGs. Han generado también un conjunto de información sobre este menester. Por ello el Banco comisionó en 1995 una entidad especializada en ONGs, el International Center for Not-for-Profit Law, ICNL, para que emprendiera un estudio de envergadura sobre las prácticas existentes, para que extrajera de ellas principios legislativos fundamentales y para que ofreciera lecciones de prácticas constructivas, advirtiendo siempre que las características del sector de las ONGs y de la sociedad toda varían de un país a otro, como varía también la capacidad de los gobiernos para aplicar la letra menuda de las leyes.

Este documento es el resultado. El Banco cree que el Manual es oportuno por cuanto muchos gobiernos, conscientes de la creciente prominencia de las ONGs, están presentando iniciativas de ley destinadas a regular las ONGs. Con frecuencia estas leyes están orientadas a restringir las actividades de las ONGs y a fortalecer el control del gobierno sobre ellas en vez de dotarlas de capacidad para operar independientemente sobre bases de responsabilidad (accountability) y transparencia y de estimular la autorregulación efectiva por parte del sector de las ONGs. El Banco considera que la expedición de normas restrictivas sobre las ONGs son inapropiadas y conducirían, en el largo plazo, a la erosión de la confianza y del apoyo del público para con los objetivos de desarrollo nacional. El Banco confía en que este Manual resulte útil para la preparación y la discusión de legislación nueva o de reforma de la actual legislación. El Banco recomienda también que los gobiernos consulten plenamente con los líderes de las mayores ONGs y con las redes de ONGs de sus países la revisión de las leyes sobre ellas.

Por las razones que se han expresado más arriba, el énfasis fundamental de este Manual consiste en argüir contra los controles gubernamentales rigurosos y en estimular, por el contrario, una liberación del sector de las ONGs de suerte que éste pueda ampliar su contribución al desarrollo nacional. El Manual recomienda la introducción de leyes donde quiera que no existan; pero tales leyes deberían estar diseñadas para alimentar un contexto de profesionalismo y transparencia dentro del sector y para expandir el clima de la **autorregulación**.

Este Manual no propone una "ley modelo" porque los sistemas jurídicos del mundo difieren en mayor o menor grado y las tradiciones locales de formulación de las leyes son asimismo diferentes. Se intenta, sin embargo, establecer principios que habiliten al lector informado e interesado para evaluar una ley existente o para redactar una mejor. Toda ley sobre ONGs debería, desde luego, adecuarse a las circunstancias del país y debería también ser preparada mediante consulta con representantes del sector de las ONGs.

Si bien el Manual se aplica a las ONGs en general, debe advertirse que la sociedad civil es enormemente diversa. Dentro de la sociedad civil hay grupos que defienden intereses específicos (advocacy groups), algunos de los cuales cuestionan políticas gubernamentales fundamentales, mientras hay también agencias de servicios sociales que ejecutan programas bajo contratos con esos mismos gobiernos. Hay algunos grupos que representan minorías y otros que se asocian para fines culturales; hay asimismo grupos para la defensa de los derechos de la mujer mientras otros son clubes de jardinería. Hay sociedades que atienden las necesidades de sus propios miembros y organizaciones que se proponen abrir discusiones políticas sobre temas públicos importantes. Algunas ONGs son grandes; pero muchas son pequeñas. Todas ellas, sin embargo, contribuyen al interés general que la sociedad tiene o debería tener en alcanzar el pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos humanos, el alivio de la pobreza y del sufrimiento, el progreso de la ciencia y del pensamiento, la preservación y el avance del arte y la cultura, la protección del ambiente y, de manera general, todas las actividades y los intereses multifacéticos que integran una sociedad civil vibrante. El objetivo del Manual es sugerir principios que, de ser adoptados como leyes, permitirían, estimularían y protegerían toda la gama de organizaciones que componen la sociedad civil. Aunque el Manual favorece la autorregulación, reconoce que algún grado de regulación estatal es indispensable. Esa regulación, sin embargo, no debería menoscabar la independencia y la libertad del sector de las ONGs y debería guardar proporción con la envergadura del legítimo interés público en las operaciones y las actividades de las ONGs.

Los autores de este Manual han observado a lo largo de su redacción los propósitos de desarrollo económico y social por los cuales el Banco está interesado en las ONGs, como también las razones por las cuales un país, ya sea del Norte o del Sur, pobre o rico, democrático o no, desearía tener un sector de ONGs vigoroso e independiente. Tales consideraciones, que están sentadas en esta Introducción y en el Capítulo A, proveyeron los criterios para determinar cuál debería ser el contenido del Manual.

Por último, un punto que debe ser subrayado por encima de todos los demás. Contar con buenas leyes para las ONGs es una condición necesaria pero no suficiente para la existencia de un sector fuerte, independiente, responsable (accountable) y transparente de ONGs. Cuando esas leyes existen se cuenta casi con la certeza de que numerosas ONGs nacerán y florecerán, como lo ponen en evidencia las experiencias de muchos países alrededor del mundo. Lo que se requiere adicionalmente, sin embargo, es que las leyes sean comprendidas

adecuadamente y que sean vigorosamente aplicadas. Las leyes deben ser comprendidas por los funcionarios públicos que las administran, por los abogados que aconsejan a las ONGs y por los jueces que resuelven los procesos que involucran a las ONGs. Pero la comprensión de las leyes no es suficiente si no está acompañada de su aplicación justa y rigurosa. Las leyes escritas son letra muerta hasta cuando nacen gracias a su asimilación y a su observación.<sup>19</sup>

### 3. Fuentes y Metodologías.

Este Manual no es sólo fruto del contrato del ICNL con el Banco sino de muchos años de investigación, por parte de muchísimos abogados (particularmente aquellos que se encuentran dentro de la red del ICNL). Los conceptos desarrollados han sido debatidos con ahínco en numerosas conferencias en las que han participado abogados, líderes de ONGs y funcionarios públicos a lo largo y ancho del mundo.

Es inevitable que buena parte de la información y de la experiencia utilizada se inspire en la experiencia de países que tienen una larga experiencia con las ONGs; no obstante esto, se ha puesto cuidadoso esfuerzo en analizar las leyes de ONGs de los países en desarrollo<sup>20</sup> y en sopesar si leyes que han tenido prolongada vigencia en algunas regiones son relevantes para otras desde el punto de vista cultural.

Uno de los propósitos del Manual es examinar la vasta gama de asuntos y de materias de los que debería ocuparse un conjunto de leyes a la vez comprensivo y bien articulado en materia de ONGs. Algunos de los principios legales tratan principalmente de los procedimientos que deberían aplicarse, no de las normas legales sustantivas. Además, en vez de contener una especie de “código”, la exposición de prácticas constructivas y las secciones de discusión y los ejemplos que la complementan tienen por objeto explicar la naturaleza de los problemas y el menú de soluciones alternativas. En muchos casos, las prácticas son tan variadas y los puntos de vista de expertos bien informados y estructurados son tan divergentes que no puede adoptarse una proposición única; más bien, se presentan las varias opciones con sus respectivas ventajas y desventajas.<sup>21</sup>

Los principios enunciados en este Manual están interrelacionados entre sí. Además, el Manual parte de la premisa de que los países cuentan con los pilares fundamentales del Estado de Derecho. Hay lugar a dudar en muchos países del mundo si sería posible adoptar todos los principios propuestos, o si el sistema jurídico subyacente refleja efectivamente los supuestos básicos que el Manual da por sentados. Cabe preguntar, por ejemplo, qué pasa si un gobierno quiere adoptar todas las reglas de información y de coacción propuestas en el Capítulo I pero rehusa los procedimientos sencillos y objetivos de registro recomendados en bajo el Capítulo D. O qué sucede cuando no hay un sistema de Derecho Administrativo o una administración de Justicia independiente, de suerte que las decisiones adversas a una ONG no pueden ser apeladas o no vale la pena apelarlas. Puede acaso confiarse en que el personal de los ministerios y de las agencias que supervisan las ONGs actúa de manera razonable, justa y sabia?

Estos son problemas reales y es difícil manejarlos con simples paliativos. Los principios del Manual constituyen deliberadamente un conjunto de directrices ideales más que consejos prácticos sobre la manera de sobrevivir en un contexto jurídico represivo. No existe un conjunto de reglas básicas mágicas (“quick and dirty”) que puedan recomendarse a las ONGs que operan en sociedades donde no ha sido establecido el Estado Derecho. Cualesquiera

recomendación en este sentido sería imperfecta e incompleta. Por lo tanto, el Manual recomienda lo que sus autores y revisores consideran un conjunto óptimo de principios que estimulen y protejan las ONGs, al mismo tiempo que reducen al mínimo el manejo abusivo, negligente o fraudulento de ellas. Si las recomendaciones del Manual no pueden ser aceptadas por algunas sociedades, quizás sirvan cuando menos para iniciar un diálogo útil.

El lector encontrará fácilmente que el Manual maneja una amplia gama de cuestiones relativamente técnicas y complejas. Las discusiones detalladas de algunas de ellas –las referentes a las actividades económicas y a la tributación de las actividades de las ONGs, por ejemplo– se presentan en los apéndices. Aunque todas las cuestiones examinadas en el Manual merecen atención tarde o temprano, no es realista pensar que todas ellas puedan ser manejadas al mismo tiempo, especialmente en países que apenas comienzan a recorrer el camino de construcción de una sociedad civil independiente y vigorosa. Lo indicado en tales países es focalizarse primordialmente en las cuestiones del registro (contenidas especialmente en las Secciones 3, 4 y 7), de estructura y de dirección (especialmente las Secciones 10 y 11) y de información (Capítulo J). La aplicación de normas en estas áreas habilitarían a las ONGs para registrar y comenzar operaciones mientras se instituyen los mecanismos básicos de vigilancia (monitoring) y de aplicación coactiva (enforcement). Otras normas podrán agregarse paulatinamente, tales como las normas tributarias, las que rigen las actividades económicas y ahí sucesivamente. En otras palabras, la sugerencia no es restringirse a las áreas indicadas sino hacer de ellas un punto de partida apropiado. El proceso más amplio consiste en establecer un conjunto de normas completamente desarrollado para las ONGs – es más complicado, habrá de tomar más tiempo y, en verdad, debe estar continuamente abierto a revisión y complementación aún en países jurídicamente sofisticados.

Bien puede haber errores o distorsiones en el texto. Este es un campo amplio, complejo y dinámico. El Banco anticipa que, en el transcurso de un año aproximadamente, los comentarios a este “Borrador de Trabajo” (“Working Draft”) y la investigación sobreviniente conducirán a la publicación de un texto **final**, debidamente revisado. De allí que los comentarios sobre este Manual sean en extremo bienvenidos.

**John D. Clark**  
**Unidad de ONGs**  
**Banco Mundial**

## Capítulo A. La Relación de las ONGs con la Sociedad

### 1. Por qué reformar las leyes relativas a las ONGs?

Los Estados ejercen enorme influencia sobre el funcionamiento de las ONGs por medio de la expedición o la administración de normas. Ellos pueden estimular u obstruir las ONGs mediante las leyes y los reglamentos que regulan su creación, dirigen sus actividades, les imponen gravámenes fiscales, les permiten o no el acceso a recursos (públicos, privados, extranjeros), les exigen información, las auditan o, en fin, las involucran o no en proyectos y políticas oficiales. Por medio de la aprobación de leyes, los Estados pueden reprimir o pueden estimular las ONGs; pueden también influir o moldear el tipo de ONGs que desean. Por ejemplo, gobiernos como los de Etiopía e Indonesia han estimulado la prestación de servicios por parte de las ONGs; pero no su actuación en defensa de ciertos intereses (*advocacy*). Las leyes y los reglamentos pueden también ejercer grande influencia por omisión, tal como ocurre cuando las normas carecen de técnica legislativa o son aplicadas de manera laxa o arbitraria. Normas represivas pueden sofocar el sector de las ONGs; pero cuando las normas o su aplicación son inadecuadas, el abuso y el mal manejo pueden generalizarse y el sector de las ONGs en su conjunto puede desprestigiarse.<sup>22</sup>

### 2. Razones por las cuales un país desearía tener un sector de ONGs fuerte, vigoroso e independiente.

Existen muchas razones por las cuales los gobiernos del mundo entero desearían contar con leyes que aseguren la existencia de un sector de ONGs fuerte, vigoroso e independiente. Para muchos gobiernos esta posición parecería contraevidente. Por qué debería una sociedad permitir y proteger actividades que no han sido aprobadas mediante un proceso democrático? Por qué permitiría y apoyaría un gobierno la existencia de organizaciones que compiten con sus programas o los reemplazan, o que critican u oponen las políticas del gobierno? Más aún, dondequiera que el ingreso de las ONGs está exento del impuesto sobre la renta o cuando las contribuciones a tales organizaciones son deducibles para fines de impuestos, el hecho de permitir la existencia de tales organizaciones acarrea costos financieros reales para los gobiernos. Por qué debería un gobierno incurrir en estos costos? Estas son preguntas difíciles que requieren de respuestas sólidas.

Existen cuando menos seis razones por las cuales los Estados deberían contemplar la adopción y promulgación de normas que apoyen un sector de ONGs vigoroso e independiente: (a) poner en práctica la libertad de expresión y de asociación, (b) estimular el pluralismo y la tolerancia, (c) promover la estabilidad social y el Estado de Derecho, (d) elevar la eficiencia, (e) corregir las fallas del mercado en el sector de bienes y servicios públicos (“*public sector market failure*”), y (f) apoyar indirectamente la economía de mercado. Las tres primeras son razones de índole social o política; las tres últimas son de naturaleza económica.<sup>23</sup>

a. Libertad de Asociación. Las leyes que autorizan que las ONGs puedan constituirse como personas jurídicas desempeñan un papel crucial para asegurar que la libertad de asociación, consagrada en el derecho internacional y en las constituciones políticas nacionales, sea a la vez real y significativa. Cuando se está en capacidad de formar una asociación para la defensa de los derechos de los arrendatarios, una organización para la

promoción de la educación de las mujeres pobres, una entidad para la protección del ambiente, etc., es cuando se percibe más integralmente la libertad de asociación. De la misma manera, la libertad de expresión, que también está protegida por el derecho internacional y el derecho constitucional, tiene poco significado para la mayoría de los individuos a menos que sea desarrollada mediante leyes que permitan la conformación de grupos de interés. La mayoría de nosotros no somos lo suficientemente importantes para que nuestras voces individuales sean escuchadas; pero si nos agrupamos para constituir, por ejemplo, una sociedad para la protección de la selva húmeda o de los derechos de las minorías étnicas, entonces sí se escuchará nuestra voz colectiva.

Las leyes que permiten y protegen las ONGs hacen realidad las libertades de expresión y de asociación. En otras palabras, la ausencia de normas que autoricen la existencia de ONGs debidamente constituidas podría amenazar o reducir en tal medida el derecho de los individuos a asociarse de manera plena y significativa que podría suceder que el Comité de Derechos Humanos creado dentro del marco del Convenio Internacional de los Derechos Civiles y Políticos estuviese dispuesto a abrir un proceso por esta omisión.

La manera como las leyes sobre ONGs se cimientan en las normas legales más fundamentales es un asunto a la vez complejo e importante:

(i) El Derecho Internacional. La Libertad de Asociación es uno de los principios fundamentales menos desarrollados del Derecho Internacional Humanitario. El artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>24</sup> protege el derecho de los individuos a “reunirse o asociarse de manera pacífica”. El artículo 19 establece que “todas las personas tienen el derecho a la libertad de opinión y expresión(...)”. Si bien no es un tratado obligatorio, la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha causado un poderoso impacto sobre el desarrollo del derecho internacional humanitario.

Por otro lado, el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966 es un tratado multilateral con carácter obligatorio que ha sido ratificado por más de 135 países. Los artículos 21 y 22 del Convenio garantizan, respectivamente, el derecho de realizar asambleas pacíficas y la libertad de asociación.<sup>25</sup> El Convenio exige que los Estados signatarios ajusten su legislación de manera que reconozca y proteja los derechos establecidos por el Convenio. Los Estados signatarios sólo pueden restringir los derechos protegidos por el Convenio, tales como el de asociación, cuando la limitación esté expresamente autorizada por la ley y ello si la restricción es “necesaria en una sociedad democrática” para proteger los intereses legítimos de la seguridad nacional, la seguridad pública, la moral o la salud públicas, o los derechos de libertad de los demás conciudadanos.<sup>26</sup>

En países en los cuales el derecho de asociación consagrado en el Convenio Internacional está claramente reconocido, se lo considera siempre un derecho del que gozan las personas. De manera que, aunque el derecho internacional exija que los países que se sometan al Convenio adopten leyes que aseguren la protección de la libertad de asociación, ello no significa necesariamente que deban expedirse leyes que autoricen la existencia de ONGs formalmente establecidas.<sup>27</sup> No obstante, si una asociación de individuos asume un carácter permanente o institucional, puede argüirse que debe autorizársele el status legal formal y que la organización tiene el derecho de funcionar de manera libre y efectiva para permitir el amplio ejercicio de los derechos de libertad de asociación por los individuos que la constituyen.<sup>28</sup>

(ii) Los Convenios Regionales. La Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950 consagra la libertad de asociación en su Artículo 11 y la libertad de expresión en su Artículo 10, y crea la Comisión Europea para los Derechos Humanos para hacer realidad los derechos protegidos por la Convención.<sup>29</sup> El Consejo de Europa impone a cada uno de los Estados miembros la obligación de respetar estos derechos. La Carta Africana de los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos de 1981 brinda una protección parcialmente ambigua al derecho de asociación.<sup>30</sup> La Convención Interamericana de los Derechos Humanos de 1969 consagra en su Artículo 16 una protección amplia del derecho de asociación; otro tanto ocurre con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, cuando garantiza el “derecho de asociarse con otros para promover, ejercer y proteger sus legítimos intereses, ya sean de naturaleza política, económica, religiosa, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otra naturaleza.” No existen convenios regionales en el Asia o en el Cercano Oriente.

(iii) La Protección Constitucional. Las Constituciones de prácticamente todos los países garantizan la libertad de asociación.<sup>31</sup> En casi todos los casos, sin embargo, se circunscribe el derecho a asociarse para “propósitos legítimos” o se advierte que esta libertad debe ejercerse “de acuerdo con la ley” o, en fin, se emplea una frase similar sin hacer claridad sobre las restricciones que puede imponer la ley sobre la materia.<sup>32</sup>

b. Pluralismo y Tolerancia. Existen muchas diferencias entre los miembros de una sociedad; los individuos y los grupos tienen distintas necesidades y distintos intereses entre sí. Las normas que autorizan las ONGs permiten también a los individuos o a los grupos de individuos buscar sus intereses individuales (v.gr., deportes, música folklórica, preservación de un idioma o de una cultura particulares), y por esta vía apoyan el pluralismo y la tolerancia dentro de la sociedad.

Es importante subrayar que pluralismo y tolerancia no significan lo mismo que el compromiso con la democracia. Así, un país podría suscribir la creación de buenas leyes sobre ONGs con el fin de alcanzar los objetivos económicos que se plantean más adelante y podría también permitir el pluralismo y la tolerancia sin comprometerse con la democracia en cuanto forma de gobierno. En otras palabras, las leyes de ONGs también pueden cumplir con un papel significativo en sociedades no democráticas.<sup>33</sup>

c. Estabilidad Social y Estado de Derecho. Es inevitable que existan diferencias entre los individuos de una sociedad y es también inevitable que estas diferencias se expresen de una u otra manera. Esta es, esencialmente, la otra cara del pluralismo: la diversidad no es sólo deseable sino inevitable. En toda sociedad la gente proviene de distintas raigambres étnicas, habla distintos lenguajes y practica diferentes religiones. Las personas tienen distintos sexos, diferentes edades y siguen distintas vocaciones y profesiones. Estas diferencias brotarán, tarde o temprano, y tendrán que ser expresadas de manera lícita o ilícita, legal o ilegalmente. Una de las funciones apropiadas y principales de las leyes sobre el sector de las ONGs es precisamente permitir y estimular la existencia de distintas organizaciones y brindarles protección legal; como también proteger al público contra el abuso y el mal manejo de las ONGs, exigiendo a éstas la transparencia y la responsabilidad (accountability) apropiadas, especialmente en lo que toca con la utilización de recursos públicos o de fondos donados por el público en general, mediante el estímulo a la autorregulación por parte del sector de las ONGs (ver Capítulo M). Así, en vez de conducir un grupo a la clandestinidad (para, por ejemplo, preservar su idioma y su cultura), las leyes sobre el sector de las ONGs debieran

permitir la existencia legal de tal grupo y brindarle protección jurídica, siempre y cuando la ONG que el grupo constituya satisfaga los patrones de la legalidad y se comporte responsablemente. En otras palabras, las leyes de ONGs constituyen una válvula de seguridad esencial con respecto a las presiones sociales y las energías que se acumulan ineludiblemente en toda sociedad. La existencia de numerosas y diversas ONGs es característica de sociedades pacíficas y estables en las cuales reina un profundo respeto por el Estado de Derecho.<sup>34</sup>

d. La eficiencia. Las organizaciones privadas voluntarias pueden ser frecuentemente socias de los gobiernos para la provisión de bienes y servicios públicos. Dicho de otra manera, son muchas las situaciones en las cuales las ONGs pueden brindar esos servicios con mayor calidad y a menor costo que lo que lo hace el gobierno. Ello es así por muchas razones. Una de tales razones es el hecho mismo del compromiso voluntario o voluntariado. En la medida en que las personas dedican tiempo y energía a la solución de los problemas públicos (por ejemplo, para brindar asistencia a las personas de mayor edad o a los minusválidos) de manera gratuita y voluntaria, se reducen los costos del servicio. Este tipo de relación con la oferta de servicios contrasta ampliamente con el de las burocracias gubernamentales, frecuentemente caras y sobrecargadas de personal.<sup>35</sup>

Una razón más importante consiste en que los bienes y servicios públicos ofrecidos por ONGs, en vez de una agencia oficial, pueden ocasionar reducciones en los costos motivadas por la competencia. Aunque las ONGs no están en el mercado, se da una competencia real en el sector voluntario por las concesiones, los contratos o las donaciones. Las ONGs que demuestran capacidad institucional para producir bienes y servicios de alta calidad sobre bases de costo-efectividad serán en el futuro preferidas por los donantes públicos y privados.<sup>36</sup> Por esta razón, un buen número de gobiernos buscan a las ONGs para brindar una vasta gama de servicios básicos.<sup>37</sup> Por último, existe el factor del conocimiento del mercado. Una ONG pequeña y basada en una localidad territorial puede conocer mejor las verdaderas necesidades de la gente del lugar y la mejor forma de atenderlas que una organización gubernamental, grande y distante. En otras palabras, las ONGs son frecuentemente más eficientes porque tienen un conocimiento superior de las necesidades públicas que deben ser atendidas y pueden responder mejor a ellas.<sup>38</sup>

Por todas las razones que acaban de exponerse, las ONGs son frecuentemente socias importantes de los Estados en la provisión de bienes y servicios públicos.<sup>39</sup> La tendencia tradicional de ubicar a las ONGs y al Estado en distintos “sectores”, y de considerarlos antagonistas naturales, no refleja la realidad. Tanto en los países ricos como en los pobres, las ONGs trabajan en estrecha asociación con los gobiernos locales y con los nacionales. En algunos casos esta cercanía significa que los gobiernos son la principal fuente de apoyo y de recursos para las ONGs.<sup>40</sup> Pero se trata en realidad de una vía de doble sentido: las ONGs proveen información indispensable a los gobiernos y son con frecuencia la fuente más rica de sugerencias novedosas para el mejoramiento de los programas sociales. Muchos países tienen también enorme interés en utilizar las ONGs para transferir al sector privado sin ánimo de lucro ciertas organizaciones sociales y culturales previamente manejadas por el Estado; algunos países han incluso expedido leyes especiales sobre ONGs con este propósito.<sup>41</sup>

Debe destacarse también que las relaciones entre las ONGs y los Estados se plantean frecuentemente en un plano de adversidad o competencia. De hecho, uno de los propósitos principales de las ONGs que defienden grupos o intereses (advocacy NGOs) es señalar los puntos débiles de los gobiernos y abogar por cambios en las políticas. Muchos gobiernos

resienten tales críticas y encuentran maneras, que incluyen a veces leyes represivas, para silenciar o clausurar esta clase de organizaciones. Son tácticas gubernamentales miopes, puesto que los debates vigorosos y responsables sobre las políticas gubernamentales corresponden al mejor interés de largo plazo de cualesquier gobierno o, cuando menos, de aquellos gobiernos que consideran que su meta es satisfacer de manera más extensa y más adecuada las necesidades reales de la gente, en vez de simplemente perpetuarse en el poder. Sólo mediante el examen constante de un abanico de políticas en el “mercado de las ideas” puede alcanzarse la seguridad de que las políticas gubernamentales mejorarán con el transcurso del tiempo.<sup>42</sup>

Por último, en muchos países en desarrollo, los gobiernos y las ONGs compiten por los fondos de asistencia para el desarrollo. Aproximadamente US\$ 2.5 billones de la asistencia oficial para el desarrollo (official development assistance, ODA) se canalizan cada año a través de ONGs de los países del Norte. Además, un creciente número de donantes tienen actualmente programas que financian directamente las ONGs de los países del Sur.<sup>43</sup> En muchos países el balance entre los fondos de ODA (asistencia oficial para el desarrollo) que van a los gobiernos y los que se asignan a las ONGs cambia significativamente a lo largo del tiempo, y se da una competencia constante entre los dos sectores para obtener un mayor pedazo de la torta.<sup>44</sup>

e. Las fallas del mercado en el sector de bienes y servicios públicos. El fenómeno de las deficiencias o las imperfecciones del mercado es un tema bien conocido en las discusiones del sector privado o empresarial. La ley de la oferta y la demanda es una fuerza extraordinariamente poderosa para la producción de bienes y servicios de manera costo-efectiva, en una forma que generalmente satisface las necesidades o los deseos de los individuos y de las organizaciones con calidad, sensibilidad y flexibilidad. Sin embargo, se suelen producir “fallas del mercado” cuando se trata de la provisión de bienes y servicios públicos necesitados por todos, como los parques o las carreteras. Los bienes públicos son necesarios porque elevan la calidad de la vida (v.gr., parques) o porque constituyen parte de la infraestructura económica necesaria para que florezca el sector empresarial (v.gr., las carreteras). Una de las tareas esenciales del gobierno es identificar y atender aquellas áreas donde falla el mercado y sin embargo existe una verdadera necesidad de bienes públicos.

Ocurren también “fallas del mercado” ocasionadas en la imposibilidad de anticipar las tendencias en la necesidad de bienes públicos por parte de los ciudadanos. No importa cuán inteligentes, dedicados, trabajadores o preocupados por el bienestar común sean los funcionarios y los empleados de un gobierno, simplemente no pueden anticipar y no anticipan todos los bienes y servicios públicos que desea la ciudadanía. Podría haber, por ejemplo, un grande número de ciudadanos de África o América Latina interesados apasionadamente por el arte japonés y dispuestos a contribuir con fondos substanciales para lograr la creación de un museo de arte japonés. Es, sin embargo, muy improbable que los funcionarios gubernamentales estén en posición de identificar este deseo, o miles de los otros deseos e intereses de la sociedad, o que estén en capacidad de satisfacer estas necesidades de manera ajustada, adecuada e imparcial. Las leyes que permiten a los grupos y a los individuos reunirse para llenar los vacíos que dejan las fallas del mercado en materia de bienes y servicios públicos desempeñan un papel fundamental en el enriquecimiento de la sociedad y en garantizarle a ella que los bienes y servicios por los cuales las personas están dispuestas a pagar de su propio bolsillo serán efectivamente suministrados.

f. Apoyo a la economía de mercado. La tercera justificación de carácter económico de las leyes sobre ONGs consiste en que estas organizaciones brindan apoyo indirecto al crecimiento y al buen funcionamiento de la economía de mercado. Existen pruebas de que las economías de mercado florecen mejor donde hay estabilidad social, confianza pública en las instituciones y respeto por el Estado de Derecho.<sup>45</sup> Estos valores sociales son impulsados por las leyes para el sector de las ONGs. El trabajo que mejor ha documentado este punto de vista ha sido tal vez el del Profesor Robert Putnam de la Universidad de Harvard. Con fundamento en una profunda investigación sociológica del Norte y del Sur de Italia que se extendió por veinte años, el Profesor Putnam concluyó que el factor que mejor predice el desarrollo económico futuro es la existencia de fuertes tradiciones cívicas de cooperación, redes sociales, confianza y compromiso con el bien común, un conjunto de condiciones interconectadas que él denominó “capital social”.<sup>46</sup> En el mismo sentido, Francis Fukuyama concluyó que “aquellos países que tienen vigorosas organizaciones privadas sin ánimo de lucro, tales como escuelas, hospitales, iglesias y entidades de caridad (charities) son los que tienen mayor probabilidad de desarrollar sólidas instituciones económicas privadas que trascienden la institución familiar.”<sup>47</sup> En pocas palabras, estas investigaciones sugieren que el estímulo para constituir un sólido sector de ONGs puede ayudar a robustecer el crecimiento económico y a eliminar los abundantes obstáculos económicos que impiden la solución de importantes problemas sociales.

## Capítulo B. Definiciones y Terminología

Discusión. Las siguientes definiciones han sido incorporadas como material de consulta; por lo tanto, para su comprensión no se requiere ni su lectura completa ni un orden especial de lectura. Sin embargo, se recomienda que las definiciones (a), (b), (c) y (h) sean leídas antes de abordar los capítulos sustantivos del Manual por cuanto ellas contienen importantes distinciones y conceptos que se dan por entendidos a lo largo del Manual. Debe también observarse que existen íntimas concatenaciones entre las definiciones (d), (e) y (f), entre (l) y (m), y entre las definiciones (l), (j) y (k). Las definiciones no han sido clasificadas en orden alfabético por cuanto ello dispersaría conceptos que están interrelacionados y, de todas maneras, cualesquiera definición puede encontrarse fácilmente si se consulta la tabla de contenido. Por último, las definiciones y las prácticas exitosas son puestas en relieve a lo largo del Manual mediante el empleo del tipo de letra itálica al comienzo de cada sección. Las secciones de discusión que siguen más adelante explican y desarrollan las definiciones y las prácticas; de esta manera el lector que da por sentada una buena práctica determinada o que no está interesado en ella puede pasar a la sección siguiente.

### **Sección 1: Definiciones y Terminología**

*(a) Organización no Gubernamental (ONG). Este Manual se refiere a la “Organización No Gubernamental” (ONG) como toda asociación, sociedad, fundación, fideicomiso de caridad (*charitable trust*), corporación sin ánimo de lucro u otra persona jurídica que no es considerada parte del sector gubernamental de acuerdo con el sistema legal de que se trate y que no funciona con ánimo de lucro, es decir, que si se producen utilidades, ellas no pueden ser distribuidas como tales. No se incluye, bajo organización no gubernamental, a los sindicatos, los partidos políticos, las cooperativas que distribuyen utilidades o las iglesias.*

Discusión: “ONG” no es un término legal. Se lo emplea aquí por ser un término usado casi universalmente por el Banco Mundial, las Naciones Unidas y otras entidades nacionales o multinacionales para referirse a las entidades no gubernamentales sin ánimo de lucro que están dedicadas a actividades de desarrollo o a actividades de defensa de intereses.

Cuando se mira el campo de las ONGs desde una perspectiva más amplia, no existe acuerdo terminológico para describir el sector de las ONGs. Los franceses, por ejemplo, la denominan “*économie sociale*”; los británicos hablan de “*public charities*”, los japoneses de “*koeki hojin*” y los alemanes utilizan el término “*Vereine*” que significa simplemente asociaciones.<sup>48</sup> Además de emplear el vocablo ONGs, los norteamericanos hablan de *sin utilidades (nonprofits)*, *organizaciones sin ánimo de lucro (not-for-profit organizations)*, *organizaciones exentas (exempt organizations, EOs)* y *organizaciones privadas voluntarias (private voluntary organizations, PVOs)*. CIVICUS, la organización mundial que promueve la participación ciudadana, ha comenzado a usar el término “organización de la sociedad civil” (“*civil society organization*” o “CSO”).<sup>49</sup> Resulta imposible reconciliar estos términos o siquiera encontrar su denominador común. Sólo es posible clarificar la manera como se utiliza el término escogido en este Manual, esto es, lo que incluye y lo que no incluye.

Cuando el Banco utiliza el término “ONG” lo hace usualmente para referirse a innumerables organizaciones, algunas de las cuales están constituidas formalmente y otras de manera apenas informal, que son ampliamente independientes del gobierno y que se caracterizan primordialmente por tener objetivos humanitarios o de cooperación, en vez de

objetivos comerciales, y que buscan generalmente aliviar el sufrimiento, promover los intereses de los pobres, proteger el medio ambiente, suministrar servicios sociales básicos o impulsar el desarrollo comunitario.<sup>50</sup> Según el lenguaje corriente del Banco, el término ONGs se refiere especialmente a organizaciones que trabajan en las áreas de ayuda a los pobres, desarrollo y defensa de intereses (*advocacy*), que dependen total o parcialmente de donaciones y trabajo voluntario.<sup>51</sup> De acuerdo con el uso ordinario del término por parte del Banco, muchas entidades que se consideran generalmente parte del sector sin ánimo de lucro –tales como universidades privadas o institutos de investigación– no son incluidas dentro de las ONGs.<sup>52</sup> *Este Manual no adopta el significado usual del término ONG dentro del lenguaje del Banco.*

*Tal como se emplea en este Manual, el término “ONG” se refiere exclusivamente a entidades organizadas formalmente y establecidas con cumplimiento de los requisitos legales. Se trata de entidades que son reconocidas como personas jurídicas de acuerdo con el sistema legal bajo el cual fueron establecidas.*<sup>53</sup> No se incluye ninguna organización clasificada como oficial o gubernamental por la ley del lugar. El término tampoco incluye organizaciones constituidas primordialmente para el lucro privado. No incluye ninguna organización que esté autorizada por la ley o por sus propios estatutos para distribuir ganancias o utilidades en cuanto tales. Ni incluye fiducias o fideicomisos privados establecidos para el beneficio de miembros de la familia de la persona que establece la fiducia o fideicomiso. Como no incluye tampoco sindicatos, partidos políticos, cooperativas que distribuyen utilidades<sup>54</sup>, compañías de seguros para la protección y el beneficio mutuo de los socios, iglesias (aunque puede incluir agencias de servicio social, escuelas y similares que son organizadas y controladas por las iglesias).<sup>55</sup> La razón fundamental para excluir estas organizaciones consiste en que la mayoría de los sistemas jurídicos las rigen por normas especiales a causa de que se ocupan de materias o de intereses particulares como ocurre, por ejemplo, con los sindicatos, los partidos políticos o las iglesias.<sup>56</sup> Ciertas categorías de cooperativas y compañías de seguros de protección y beneficio mutuos son también excluidas por el hecho de que, de ordinario, permiten la distribución de ganancias. La característica más importante para definir las ONGs es que a éstas les está prohibido distribuir ganancias. Véase la Sección 15.

Aunque el Banco Mundial no las incluya dentro de sus usos ordinarios del término, este Manual extiende el término ONG a los clubes sociales, las asociaciones de profesionales, las asociaciones gremiales de comercio o industria, las organizaciones educativas, los museos y muchas otras clases de organizaciones que constituyen lo que se ha dado en llamar el "sector sin ánimo de lucro", el "sector independiente", el "tercer sector"<sup>57</sup>, o lo que se denomina crecientemente la "sociedad civil".<sup>58</sup> Este Manual emplea también el vocablo ONG de manera que incluye organizaciones de beneficio mutuo y organizaciones de beneficio público, y no lo restringe a la organizaciones de desarrollo o a las que tienen por misión las minorías, el medio ambiente o los pobres.<sup>59</sup>

*(b) Beneficio Mutuo vs. Beneficio Público.*

*(i) Es importante distinguir dos tipos de ONGs por cuanto de esta distinción dependen los derechos y las obligaciones que la ley les asigna. Se trata, de un lado, de las ONGs que están organizadas y que funcionan primordialmente para el beneficio mutuo o interno de un determinado grupo de individuos (que pertenecen las más de las veces a una organización manejada y controlada por sus propios miembros, generalmente destinadas*

*al beneficio mutuo y por ende llamadas MBOs); del otro lado, las que tienen por misión principal el beneficio de toda la sociedad o de segmentos del conjunto de la sociedad (que corresponden, generalmente, a las Organizaciones de Beneficio Público, o PBOs).*

Discusión: Aunque esta amplia distinción entre actividades emprendidas para el beneficio de los propios miembros o del interés público parece clara, puede resultar muy difícil aplicarla a casos particulares. Es pertinente por ello sugerir ciertas pautas para su aplicación. Primero, si las PBOs están identificadas, entonces todas las demás organizaciones pueden ser clasificadas como MBOs.

Segundo, para determinar si una organización es de beneficio público se requiere establecer si sus propósitos y actividades influyen o están destinados a influir los intereses del conjunto de la sociedad o de una parte significativa de ella.

Todavía es posible agregar otras pautas útiles. No obstante que la existencia de grupos de canto y de clubes de vela es ordinariamente útil para toda la sociedad, tales organizaciones son MBOs y no PBOs. En otras palabras, el hecho de que la existencia de organizaciones dirigidas y controladas por sus propios miembros (membership organizations) sea positiva para una sociedad no hace de ellas entidades que sirven el interés público o colectivo en el sentido en que se lo emplea aquí.

Con respecto a las PBOs, es bien conocido mundialmente el hecho de que una organización atiende el bien público cuando presta servicios a segmentos definidos de la sociedad. Así, una ONG fundada para cuidar de los niños lisiados en un suburbio de una ciudad es una PBO.

Un problema particularmente difícil en muchos países, especialmente en los países de derecho consuetudinario (common law) cuyas normas sobre ONGs provienen del Estatuto Inglés de Isabel (English Statute of Elizabeth) de 1601, consiste en saber si las ONGs que producen beneficios exclusiva o primordialmente destinados a una rica élite social merecen o no el tratamiento de las PBOs. Por ejemplo, es una compañía de ópera cuyos mecenas son los ricos, o un museo que satisface los gustos artísticos de una élite, una organización que sirve el interés común? Los dos lados de este dilema han sido defendidos apasionadamente; pero este Manual no toma posición al respecto.

*(ii) Es acertado otorgar a las PBOs mayores beneficios (v.gr., la deducción tributaria para las donaciones) e imponerles mayores responsabilidades (v.gr., exigencias más estrictas de informes financieros y publicidad).*

Discusión. Argentina, por ejemplo, permite la deducciones del impuesto sobre la renta por concepto de las contribuciones a fundaciones que tienen un propósito de beneficio público; pero les impone al mismo tiempo mayores exigencias que a las demás, en lo que respecta a la información financiera que deben suministrar y revelar.<sup>60</sup>

*(c) Organizaciones Controladas y Organizaciones No-Controladas por sus Propios Miembros.*

*(i) Una ONG de membresía es aquella en la cual el más alto cuerpo directivo está formado exclusivamente por miembros de la organización; usualmente tiene una junta*

*directiva o instancia equivalente, cuyos directivos son elegidos por los miembros de la organización y deben responder ante éstos.*

*(ii) Una ONG de no-membresía es aquella en la cual la máxima instancia directiva consiste en una junta de directores o en un cuerpo colegiado similar. Si bien las vacantes en el consejo o junta de directores pueden ser suplidas por los otros directores\*\* o por nominación de terceros (v.gr., los fundadores), la junta misma no es responsable ante una instancia superior de la organización.*

Discusión. La asociación es la forma más fundamental de organización de membresía en los sistemas de derecho civil. Bajo los sistemas de common law o de derecho consuetudinario, las organizaciones de membresía pueden ser denominadas “asociaciones”, “sociedades” o de otra manera similar. En muchos de los sistemas de derecho civil, una “fundación” es la forma básica de las organizaciones de no-membresía y las fundaciones no están usualmente obligadas por la ley a contar con un patrimonio significativo o a dedicarse principalmente al otorgamiento de recursos.<sup>61</sup> Bajo los sistemas de derecho consuetudinario, las ONGs de no-membresía son característicamente organizadas en cuanto “corporaciones sin ánimo de lucro”, “fiducias de caridad” (“charitable trusts”), “compañías de responsabilidad limitada”, “sociedades de amigos” (“friendly societies”) o entidades similares.<sup>62</sup> En muchos sistemas de derecho consuetudinario las organizaciones sin ánimo de lucro pueden ser constituidas como organizaciones de membresía (membership organizations) o de no-membresía (non-membership organizations). Bajo los sistemas de derecho consuetudinario, el término “fundación” es normalmente reservado para las organizaciones que tienen un patrimonio significativo y que asignan recursos para propósitos de beneficio público, o que manejan instalaciones de envergadura (v.gr., un museo) para el servicio del público.

Existe una diferencia estructural entre las organizaciones de membresía y las de no-membresía. Una organización de membresía está generalmente sometida a la supervisión o vigilancia adicional por parte de sus miembros y, por razón de esta fiscalización interna, se puede argüir que está llamada a menor escrutinio o fiscalización por parte del gobierno. En la práctica, sin embargo, los miembros no ejercen adecuada vigilancia sobre el manejo de la asociación.<sup>63</sup> Además, el público sí tiene interés en la dirección y en las operaciones de las organizaciones de membresía constituidas para propósitos públicos o cuyas actividades afectan el interés público.

Si bien una organización de membresía puede ser una MBO o una PBO, lo usual es que quienes constituyan una ONG para emprender actividades para el beneficio mutuo lo hagan bajo la forma de una organización de membresía. Aunque una organización de no-membresía puede ser una MBO o una PBO, es característico que una organización interesada en realizar actividades para el beneficio de la sociedad en su conjunto o de un cierto segmento de la sociedad sea establecida como una organización de no-membresía.

Las leyes que rigen las organizaciones de membresía suelen estipular un número mínimo mayor o menor de individuos o de organizaciones (v.gr., 3, 7 o 21) que se requiere para formar una organización de este tipo. La mayoría de las leyes modernas que se aplican a las organizaciones de membresía permiten que éstas sean constituidas por otras personas jurídicas; pero muchas leyes vigentes no lo permiten. Bajo estas últimas puede ser difícil o imposible formar organizaciones “paraguas” (“umbrella organizations”), que

brinden servicios a otras organizaciones afines o que hablen en nombre de éstas. (Véase la Sección 3-e más abajo).

Las leyes que rigen las organizaciones de no-membresía permiten usualmente que un reducido número de individuos o de organizaciones (v.gr., 1 o 3) constituyan tales organizaciones.<sup>64</sup> Con frecuencia, dichas leyes permiten también que las organizaciones de no-membresía sean creadas por virtud de testamento o de acto jurídico equivalente. Prácticamente todas las organizaciones basadas en un patrimonio destinado a transferir recursos por medio de donaciones son establecidas en calidad de organizaciones de no-membresía, y muchas de ellas nacen de un acto testamentario.

*(iii) La pregunta de si la más alta instancia de dirección de una organización debería ser la asamblea general de miembros o una junta directiva que se autoperpetúa debe mantenerse separada de la cuestión de si el propósito principal de la organización es propender el beneficio mutuo de un grupo determinado de personas o el beneficio público en general.*

Discusión. Estos temas se confunden frecuentemente en los sistemas de derecho civil. Véase Sección 1-b supra.

*(d) Ley. Es una norma jurídica de alcance general con carácter obligatorio y poder coactivo, promulgada por el parlamento o por otro cuerpo legislativo competente.*

*(e) Decreto Legislativo, Decreto Reglamentario, Decreto. Son normas de carácter obligatorio firmadas y publicadas por un órgano ejecutivo del Estado, como la presidencia de la república, el consejo de ministros o un ministro del gabinete de gobierno.*

*(f) Reglamentos, Resoluciones. Son instrucciones de carácter administrativo adoptadas y divulgadas por un ministerio o agencia gubernamental.*

Discusión. Los funcionarios del gobierno generalmente están obligados a observar los reglamentos, y estas normas suelen tener carácter obligatorio para ciudadanos u organizaciones afectados en la materia. No obstante, las instrucciones de regulación administrativa se destinan típicamente a interpretar y orientar la aplicación de las leyes o decretos, y no constituyen por sí mismas normas con fuerza de ley. Con frecuencia, los jueces respetan la competencia técnica del órgano o agencia gubernamental que ha expedido un reglamento, y lo observarán en la decisión que resuelva un litigio; pero, generalmente, lo ignorarán cuando quiera que el reglamento extralimite el alcance o el significado de la ley que rige para el caso. En algunos casos, los cuerpos legislativos delegarán en los ministerios u otras agencias del Ejecutivo la facultad de crear nuevas normas con fuerza de ley, mediante la promulgación de decretos legislativos o reglamentarios.

*(g) Estatutos. Son los documentos que, cuando han sido aceptados o aprobados por la agencia estatal competente (sea un juzgado o una agencia de la rama administrativa), constituyen la organización y definen sus derechos, deberes y facultades, establecen la estructura de dirección o manejo y, en general, determinan los parámetros legales dentro de los cuales la organización operará.*

Discusión. En los sistemas de derecho consuetudinario, el término “estatuto” es empleado para referirse a la ley o a una parte de la legislación que ha sido aprobada por el parlamento o por otro cuerpo legislativo. Con frecuencia se distingue entre las leyes que existen aisladas o por sí solas y aquellas leyes que han sido “codificadas” dentro de un cuerpo de normas permanentes que regulan una materia particular, como puede serlo la tributación.

Los sistemas de derecho civil, por el contrario, emplean el término “estatuto” o “estatutos” para referirse a los documentos que rigen la vida de una organización, no a una ley o a un área de la legislación. La legislación puede haber sido codificada, como sucede con el Código Civil o el Código Laboral; pero se hablará de estos cuerpos de normas como leyes, no como estatutos.

Los documentos que rigen una ONG en los sistemas de derecho consuetudinario –esto es, aquellos documentos que, cuando son debidamente tramitados ante el ministerio o, de manera más general, ante la agencia estatal competente, le otorgan a la organización la calidad de persona jurídica reconocida y establecen sus propósitos, facultades, restricciones, etc.– son denominados “la carta” (“the charter”), los artículos de constitución (“articles of incorporation”), el “instrumento de administración o manejo” (“deed of trust”) o de otra manera similar. Estos documentos de dirección y manejo son frecuentemente complementados por normas que adopta la organización para sus propios miembros y sus propios asuntos (denominadas “bylaws”), y que pueden ser modificadas o complementadas sin necesidad de reconstituir íntegramente la organización. El derecho consuetudinario nunca utiliza el término “estatuto” o “estatutos” para referirse a los documentos de dirección de una entidad legal.

No existe terminología común y no hay forma de reconciliar los diferentes términos empleados para referirse a los documentos de dirección de una ONG. El término “estatutos” es el empleado a lo largo de la versión en Español de este Manual.\*\*

*(h) Constitución Jurídica. Es el proceso legal formal mediante el cual una ONG adquiere la calidad de persona jurídica.*

Discusión. En los sistemas de derecho consuetudinario el término utilizado frecuentemente es “incorporación” (incorporation) en vez del vocablo “registro” (registration) que se emplea en los sistemas de derecho civil. El término “constitución jurídica”<sup>\*\*\*</sup> se utiliza en el presente Manual para referirse indistintamente al mismo concepto bajo los dos sistemas – es decir, al proceso mediante el cual los documentos formalmente notarizados o firmados en presencia de testigos son inscritos de conformidad con los procedimientos prescritos ante el órgano o la agencia gubernamental designados, o ante el juzgado o tribunal competente. Cuando la inscripción es aceptada, la ONG nace a la vida legal en calidad de persona jurídica.

Muchos de los sistemas regidos por el derecho consuetudinario permiten la constitución de ONGs bajo la forma de un fideicomiso plasmado en un documento privado, sin que sea necesario inscribirlo ante un juzgado o una agencia gubernamental. Algunos de los sistemas de derecho civil, como los del Perú, Brasil, Italia y Holanda, permiten la formación de una persona jurídica mediante acto notarial, sin que sea requerido inscribirla formalmente ante un tribunal judicial o una agencia gubernamental.<sup>65</sup> No parece existir ningún sistema legal que otorgue preferencias fiscales a las ONGs sin el cumplimiento de los trámites correspondientes ante las autoridades de impuestos u otra entidad gubernamental competente. La principal ventaja que ofrece el hecho de que un sistema exija el cumplimiento de requisitos ante una

agencia gubernamental para la creación legal de una entidad es que la aceptación por parte de la agencia garantiza que la constitución se ha hecho con el cumplimiento de todos los requisitos legales. A la inversa, es siempre posible que un juzgado o tribunal determine que una entidad formada mediante un acto privado o un acto notarial no ha sido constituida de manera apropiada, y por lo tanto que nunca tuvo existencia legal.

De acuerdo con el empleo que de él se hace en este Manual, el término “constitución jurídica” se refiere al nacimiento de una ONG en cuanto entidad legal formalmente constituida. Debe destacarse el hecho de que las leyes para la constitución de una ONG exigen con frecuencia el cumplimiento de ciertas acciones que deben realizarse antes de la inscripción legal de la entidad – por ejemplo, la reunión de los miembros fundadores y la adopción por parte de ellos de los estatutos de la entidad.<sup>66</sup>

Ha de distinguirse entre los demás trámites que deba surtir una ONG ante las agencias gubernamentales y el proceso de constitución de la misma. Por ejemplo, un fideicomiso o una sociedad sólo podrán ser reconocidos como entidades de beneficencia bajo el Derecho inglés cuando hayan sido “registrados” formalmente ante la Comisión para Entidades de Caridad (Charity Commission). De la misma manera, una entidad sin ánimo de lucro no será reconocida como entidad de beneficencia pública bajo la Sección 501(c)(3) del Código Tributario de los Estados Unidos\* hasta no haber cumplido los requisitos de la Administración de Rentas Internas (Internal Revenue Service), y aún entonces su status es meramente provisional durante un período de prueba de tres años. Aunque todos estos trámites y procedimientos son importantes, no son ellos los actos que constituyen la entidad en cuanto persona jurídica y a los cuales está reservado el término “constitución jurídica” dentro de este Manual.

(i) Terminación. Es la decisión de dar por terminado el status legal de una ONG en cuanto persona jurídica, ya sea por voluntad de la más alta instancia directiva de la ONG o por acción o decreto gubernamental. (Véase la nota 66.)

(j) Liquidación. Es el proceso de conclusión de los asuntos y negocios de una ONG que está siendo terminada, conforme al ítem anterior. (Véase la nota 66.)

(k) Disolución. Es el momento preciso en el cual una ONG que ha sido terminada y ha estado en proceso de liquidación deja de existir como persona jurídica. (Véase la nota 66.)

(l) Junta Directiva o Junta de Fideicomisarios. Es el cuerpo colegiado formado por individuos designados o elegidos que dicta las políticas para una ONG y que ejerce regularmente la vigilancia y supervisión de sus finanzas, operaciones y actividades. Las organizaciones de membresía pueden tener una junta directiva; las organizaciones de no-membresía deben tener siempre una junta directiva.

Discusión. Muchas de las ONGs de los países de derecho consuetudinario están constituidas como fideicomisos y la junta que dicta las políticas de la organización y vigila su funcionamiento se denomina junta de fideicomisarios (board of trustees). En muchos sistemas, los “directores” son funcionarios de tiempo completo de la organización. En muchos de los sistemas de derecho civil, las personas jurídicas tienen muchas veces una junta “de dirección” o manejo (“management” board), compuesta generalmente de funcionarios de tiempo completo, y una junta de “supervisión” (“supervisory” board) que se reúne

periódicamente.<sup>67</sup> Esta estructura de dos canales se requiere usualmente de las organizaciones con ánimo de lucro pero puede no requerirse para las ONGs, como sucede en Polonia. Muchas organizaciones de membresía no tienen una junta directiva.<sup>68</sup> Los funcionarios que manejan la organización deben presentar reportes directamente a la asamblea de miembros que se reúnen periódicamente, y son supervisados y controlados por ella. Al mismo tiempo, muchas organizaciones de membresía, particularmente las grandes, tienen una junta directiva que formula las políticas y supervisa el manejo de la organización. Esta junta es típicamente elegida por la asamblea general de todos los miembros.<sup>69</sup>

Tal como se utiliza el vocablo en este Manual, “junta directiva” incluye la junta de fideicomisarios (board of trustees). Incluye también, además de los funcionarios de tiempo completo de la organización, los directivos que prestan su concurso voluntario y que se reúnen periódicamente (v.gr., algunas veces al año) para fijar las políticas y ejercer la vigilancia.

(m) La Asamblea General de Miembros. Es la reunión de los miembros de una organización de membresía, exigida por la ley, usualmente con periodicidad anual o bianual, en la cual se definen o se reforman las políticas básicas de la organización, se elige la junta directiva y se toman otras decisiones de similar envergadura.

(n) Dotación. La suma de dinero poseída e invertida por la organización con el fin de cumplir a cabalidad sus propósitos. Los réditos o ingresos de la dotación (v.gr. los dividendos o los intereses) pueden ser destinados a las operaciones o los programas de la entidad; pero se exige generalmente que la dotación se mantenga intacta a perpetuidad para el mantenimiento de la organización en el largo plazo.

Discusión. El término “patrimonio” se utiliza en los sistemas de derecho civil en lugar del término “dotación” (endowment). Con el fin de preservar el valor real de la dotación en países de economía inflacionaria, se exige a veces la reinversión de parte de los réditos de la inversión del patrimonio. En algunos países, como ocurre en los Estados Unidos, las leyes exigen que una cantidad equivalente a un porcentaje mínimo (por ejemplo, el 5%) de la dotación de una fundación que otorga o transfiere fondos en donación sea distribuida anualmente, con el fin de asegurar que estas fundaciones no sean utilizadas como vehículos para acumular gigantescas fortunas libres de impuestos, con escaso o ningún gasto en propósitos de beneficio público.

(o) Subsidiaria. Es en sí misma una persona jurídica, poseída o controlada por una o más entidades que también tienen existencia legal.

(p) Afiliada o Asociada. Es en sí misma una persona jurídica, vinculada a otra entidad por medio de la propiedad común que de ellas tiene una tercera persona jurídica. Puede ser también una persona jurídica que comparte su nombre, sus directores y/o su adhesión a estándares igualmente comunes con una o más organizaciones distintas a ella.

(q) Sucursal u oficina. Es una oficina de una persona jurídica, frecuentemente ubicada en un país extranjero, que no es en sí misma una persona jurídica independiente.

(r) Beneficios tributarios o fiscales<sup>\*\*</sup>. Tratamiento privilegiado otorgado por una o más leyes tributarias.

Discusión. El hecho de tener el status de entidad exenta de acuerdo con la ley del impuesto sobre la renta es un beneficio fiscal. Si a quienes otorgan donaciones a las ONGs se les conceden deducciones en el cálculo de su renta imponible o créditos contra el impuesto determinado, trátase de beneficios fiscales. Una ONG que está exenta de impuestos sobre la propiedad raíz o a la se aplica una tarifa igual a cero para los efectos del Impuesto al Valor Agregado (IVA) goza de beneficios fiscales.

## Capítulo C. Las Relaciones entre las Leyes que Rigen las ONGs y las demás Normas de un Sistema Jurídico

### **Sección 2: Relación del régimen legal de las ONGs con otras leyes del mismo sistema jurídico**

(a) Derechos, restituciones y sanciones. Las ONGs deben tener los mismos derechos, privilegios, facultades e inmunidades que se predicán generalmente de las personas jurídicas. Y deben estar sujetas a los mismos procedimientos, prohibiciones y sanciones que el derecho civil y el derecho penal prescriben para las personas jurídicas en general.

Discusión. Una vez constituida, una ONG adquiere personalidad jurídica. Ello significa que tiene el derecho de celebrar contratos, vincular empleados, arrendar equipo y maquinaria,<sup>\*\*\*</sup> arrendar espacio de oficina, abrir cuentas bancarias, etc., en su propio nombre y a su propio cargo, con el fin de realizar los propósitos para los cuales fue constituida. De la misma manera, al igual que las demás personas jurídicas, a una ONG debería permitírsele entrar en sociedades o en contratos de riesgo compartido (joint ventures) siempre y cuando su participación en estas figuras sea consistente con los propósitos y con las facultades de la organización. Estos son los derechos, los privilegios y las facultades que tienen los otros tipos de personas jurídicas en cualquier sistema legal.<sup>70</sup> Por supuesto, las ONGs están sujetas también a reglas específicas en atención a sus necesidades y características especiales.

La adquisición de la personalidad jurídica por parte de una ONG significa ordinariamente que esta nueva organización es la responsable por los contratos, arrendamientos de bienes de capital fijo, relaciones laborales, etc., de los que haga parte. Una ONG deja de ser una suma de individuos, cada uno de los cuales es responsable por las obligaciones legales en las que se incurra. En otras palabras, la nueva persona jurídica adquiere “responsabilidad limitada”. La nueva persona jurídica, la ONG, es la responsable; los individuos que la conforman no lo son. Por supuesto, los individuos o las personas naturales involucradas en una ONG pueden llegar a ser responsables de sus propios actos u omisiones (véase la sección 12); pero *el rasgo fundamental de la constitución de una ONG como persona jurídica es que la organización –y no sus miembros fundadores, sus directivos o sus empleados– se hace responsable de sus proyectos y de sus responsabilidades legales.*

Ordinariamente, no es necesario establecer un conjunto de leyes específicamente dirigidas a las ONGs. Las ONGs sólo necesitan tener los mismos derechos de que gozan las demás personas jurídicas. De la misma manera, las ONGs deberían estar sujetas a los mismos deberes, sanciones y penas que se aplican a las otras personas legales. Por ejemplo, las ONGs estarán usualmente sujetas a las mismas leyes laborales que se aplican a las otras personas jurídicas. De este modo, los empleados de las ONGs podrían estar en capacidad de exigir el salario mínimo legal, tener el derecho a formar sindicatos y realizar huelgas, y quedar sujetos a varios impuestos basados en la nómina o el empleo.

(b) Recursos por las vías administrativa y judicial. Todos los actos o decisiones que afecten una ONG deben quedar sujetos a los mismos recursos administrativos y judiciales a que tienen acceso las demás personas jurídicas. En particular, las decisiones que rechazan la creación de una ONG, las decisiones que le imponen multas, impuestos u otras sanciones, o que determinan la disolución o terminación de la entidad deberían ser susceptibles de recurso ante tribunales independientes.

Discusión. El Estado de derecho es esencial para el desarrollo de toda sociedad y economía modernas. Es por ello que el derecho debe otorgar a todas las personas, incluidas las personas jurídicas como lo son las ONGs, la facultad de presentar recursos contra las decisiones que las afecten ante tribunales independientes. Empero, no todos los regímenes legales tienen una administración de justicia independiente o no tienen un buen sistema de derecho administrativo que permita controvertir las decisiones adoptadas por ministerios o por otras entidades oficiales. Esta situación implica un problema general que no afecta solamente a las ONGs. De hecho, no debiera ser necesario introducir en las leyes sobre ONGs provisiones sobre recursos – puesto que esta materia debería hallarse regulada por las leyes generales de procedimiento judicial y administrativo. Es importante destacar, sin embargo, que las decisiones injustas y arbitrarias que afectan las ONGs, como las que deniegan injustificadamente su constitución jurídica, ocurrirán en todos los sistemas que no permiten que decisiones administrativas de esta naturaleza sean recurridas ante instancias independientes.

*(c) Consideraciones especiales para los países federales. En todo sistema federal se debe tener especial cuidado con establecer cuáles de las normas legales que rigen las ONGs deben ser promulgadas y administradas por el nivel nacional y cuáles por el nivel de los estados, provincias o los municipios.*

Discusión. Las constituciones determinan usualmente las áreas y las materias que se encuentran dentro de la competencia de cada nivel de gobierno. Existe grande variedad en cuanto a manera como las constituciones atribuyen jurisdicción o competencia sobre las ONGs en los sistemas jurídicos del mundo entero. Como regla general, es mejor establecer los requisitos esenciales para las ONGs en el nivel nacional o federal. Entre otras razones, porque es importante asegurar que las pautas o los estándares de un país no queden sujetos al capricho de los políticos locales. Además, es conveniente evitar que las ONGs hagan “forum shopping” – expresión inglesa que designa la práctica de seleccionar la jurisdicción local según cuál de ellas tiene las leyes más permisivas o más ventajosas. Por ejemplo, el Estado de Delaware en los Estados Unidos ha buscado intensamente erigirse a sí mismo como la jurisdicción con las leyes más favorables para la constitución de entidades, con lo cual induce a entidades que no operan en este estado a establecerse en él. Esta posición le ha generado importantes ingresos al Estado de Delaware. Otro ejemplo lo ofrece la Duma de la Ciudad de Moscú, que promulgó recientemente una ley de certificación especial para entidades de beneficencia que podría atraer a las ONGs a buscar establecerse bajo las normas de esta ciudad.<sup>71</sup> La práctica de “forum shopping” puede permitir que ONGs ricas o con buenas conexiones obtengan ventajas indebidas; debería, por ende, ser desestimulada con miras a crear reglas de juego más igualitarias. Del otro lado, la diversidad regional dentro de un país puede ser una razón para autorizar diferencias en los requisitos o en los procedimientos de constitución.

Independientemente de que un país tenga o no un sistema federal, existen siempre gobiernos locales con facultades sobre impuestos locales, licencias y similares. Una vez más, la enorme diversidad entre las leyes locales abrirán oportunidades para que las ONGs seleccionen entre una u otra jurisdicción. Así, una ONG podría elegir ubicarse en una ciudad que ofrece exención de impuestos sobre la propiedad raíz en vez de ubicarse en la que no brinda este estímulo.

Es importante que todo sistema legal que tenga leyes en los niveles nacional y local tenga mecanismos que alienten la coordinación entre los legisladores de los varios niveles, de suerte que las contradicciones entre las leyes de los varios niveles se reduzcan al mínimo, y que los temas centrales no caigan entre los vacíos que dejan los conjuntos de leyes. Conferencias periódicas o comisiones conjuntas son algunos de los posibles mecanismos para este efecto. Los juristas pueden también desempeñar papel importante mediante la identificación de áreas de superposición o conflicto o áreas de vacíos o ausencia de normas.

(d) Problemas creados por la superposición de las leyes o la contradicción entre ellas\*\*\*. Aunque de gran importancia este tema, escapa al ámbito del presente Manual.

Discusión. Muchas de las ONGs, especialmente aquellas involucradas en cuestiones de desarrollo, hacen parte de transacciones o negocios internacionales. Muchas, por ejemplo, son financiadas mediante donaciones o convenios internacionales. Para otras, la terminación puede requerir la reversión de activos a una organización semejante en otro país o a un donante extranjero. Cuando surgen problemas de este tipo, pueden brotar preguntas en torno a cuál es el sistema legal aplicable: deberían aplicarse las normas del país en el cual está ubicada la ONG o las normas de la jurisdicción extranjera? Si bien estos problemas revisten grande importancia, están más allá del alcance de este Manual. Además, la mayoría de los sistemas legales cuentan con principios generales para la resolución de los casos de superposición de leyes y estos principios se aplican a las ONGs de la misma manera que se aplican a las demás personas jurídicas.

## Capítulo D. Existencia Legal de las ONGs

### **Sección 3: Constitución jurídica (Registro o Incorporación)**

(a) *Las normas que regulan las ONGs deberían ser escritas y administradas de tal manera que la constitución de una ONG como persona jurídica resultara relativamente fácil, rápida y de bajo costo. Debería asimismo autorizarse la constitución de sucursales u oficinas, tanto de ONGs nacionales como de ONGs extranjeras.*

Discusión. Las normas sobre ONGs deberían incluir la presunción de que los individuos, los grupos y las personas jurídicas están facultadas para formar asociaciones para cualesquier propósito sin ánimo de lucro, siempre y cuando se ajuste a la ley. La constitución jurídica de una ONG debería ser fruto de un acto voluntario; no de orden o de imposición. Como regla general, la creación de una ONG, de manera relativamente rápida, fácil y mediante procedimientos de bajo costo, debería estar al alcance de toda persona natural o jurídica. Además, leyes de carácter general deberían establecer con claridad que la creación de una ONG es un acto voluntario y que todas las personas están facultadas para ejercer sus derechos de libertad de expresión, reunión y asociación, sin necesidad de constituirse formalmente como una ONG.<sup>72</sup>

Ciertas ventajas sólo pueden ser alcanzadas mediante la obtención de personalidad jurídica. Cuando se constituye una ONG, ella se convierte en una persona jurídica independiente.<sup>73</sup> Esto significa generalmente que la ONG (no sus miembros, directores o empleados) es responsable por sus deudas, contratos y obligaciones. Véase la Sección 12. Ocurre también con frecuencia que sólo las ONGs legalmente constituidas tienen acceso a aportes gubernamentales o a privilegios tributarios.

A pesar de las ventajas que conlleva la personalidad jurídica, muchas de las ONGs pequeñas prefieren no constituirse de manera formal. Y ello por cuanto, en algunos países, la obtención de personalidad jurídica no representa para ellas mayor beneficio y, por el contrario, conlleva la carga de cumplir con ciertos requisitos tales como los informes anuales o aún la posibilidad de persecución legal. Algunas ONGs pueden optar por registrarse como compañías privadas, cooperativas u otro tipo de entidades legales si consideran que ello sirve mejor sus propósitos – aunque al hacerlo se priven de los privilegios concedidos a las ONGs debidamente registradas. A menos que se advierta en sentido contrario, lo que resta de este Manual se refiere exclusivamente a las organizaciones constituidas legalmente como ONGs.

El proceso de constitución jurídica de una ONG no debería ser más complicado o engorroso que el proceso de formación de una entidad con ánimo de lucro. En muchos sistemas el camino más factible para la constitución de una ONG es acomodarla a las leyes y los procedimientos aplicados, por vía general, a la creación de otras personas jurídicas.<sup>74</sup> Algunos consideran que la posibilidad de que los individuos formen ONGs de manera libre y expedita es parte de la tendencia general hacia la desregulación de las sociedades.<sup>75</sup>

Si los fundadores de una ONG deben presentarse personalmente ante la agencia competente, en vez de constituirse mediante envío de correo, las oficinas que desempeñan esta función deberían localizarse en lugares convenientemente ubicados a lo largo y ancho del país. La práctica jurídica preferible en esta materia es que, como ocurre en la mayoría de los países, las normas no exijan ni permitan la presentación personal.

Una ONG extranjera debería estar en posición de convertirse en persona jurídica y de gozar de los mismos derechos, facultades, privilegios e inmunidades de que disfrutaban las ONGs domésticas, siempre que las actividades de la ONG extranjera sean compatibles con el orden público del país donde desea operar. Las reglas que regulan la constitución y el funcionamiento de una ONG extranjera deberían ser generalmente las mismas que se aplican a las ONGs nacionales o domésticas. Véase la Sección 35. De la misma manera, no deberían existir normas ni limitaciones especiales para las ONGs que incluyan nacionales de otro país en su junta directiva o en su personal.

Por regla general, debería ser permitido pero no requerido que una ONG extranjera constituya una entidad nueva y separada, por ejemplo, una subsidiaria o una asociada. Frecuentemente, si una ONG extranjera prefiere establecer una sucursal u oficina en otro país –en lugar de una subsidiaria o una asociada– todos sus activos responderán por sus deudas y obligaciones en este otro país. Si establece una subsidiaria o una asociada como persona jurídica independiente, sólo los activos de esa subsidiaria o asociada responderán por sus propias deudas y demás obligaciones, a menos que se la considere controlada por la ONG matriz.<sup>76</sup>

Hay también situaciones en las cuales resulta favorable para una ONG doméstica registrar una sucursal suya en una ciudad o localidad distinta de la ciudad donde ella misma se encuentra registrada. Puede desear hacerlo, por ejemplo, para tramitar procesos en una localidad distante, en los cuales se ventilen demandas originadas en esta localidad, en vez de atender estos procesos en su sede principal. Esta sucursal no recibirá usualmente el tratamiento de persona jurídica independiente. Véase la Sección 1 (o), (p), y (q) para las definiciones de subsidiaria, asociada y sucursal. Recuérdese que las subsidiarias son constituidas como entidades legales independientes y que las sucursales son simplemente oficinas adicionales de una ONG ya constituida.

*(b) La constitución de una ONG debería requerir la presentación del mínimo número posible de documentos, claramente definidos, y el acto administrativo de otorgamiento de la personalidad debería implicar el mínimo posible de discrecionalidad o de opinión burocráticas.*

Discusión. Una de las críticas más frecuentes a las normas que regulan las ONGs, en países de todo el mundo, es la grande discrecionalidad de la que gozan los funcionarios gubernamentales para decidir si permiten o no la constitución de una ONG.<sup>77</sup> En algunas ocasiones, tal discrecionalidad se debe a que las normas legales que se refieren a la constitución de las ONGs no definen claramente los tipos de organización que pueden establecerse. En otros casos, no existe recurso legal contra la oposición errónea o arbitraria a la constitución jurídica de una ONG.<sup>78</sup> El registro de las ONGs no debería ser rechazado por razones meramente técnicas o de formalismo jurídico. Por ejemplo, el registro de una organización que pretendía conseguir fondos para apoyar el trabajo de organizaciones de servicios comunitarios fue negado recientemente en Polonia porque se la constituía para ayudar a otras organizaciones de asistencia a la gente, no para ayudar a la gente directamente. La presunción debería operar siempre en favor de la creación de la ONG y deberían existir recursos contra las decisiones adversas.

Hay decisiones que afectan las ONGs que requieren con justicia la discreción y la apreciación de los funcionarios gubernamentales. Por ejemplo, la decisión de conferir o no

privilegios especiales a una ONG, tales como la condición de entidad exenta de impuestos, implica consideraciones de difícil definición que son casi inevitables. Sirve primordialmente la organización X propósitos públicos (es decir, es ella una PBO) o sirve principalmente los intereses de sus miembros (es decir, es una MBO)? La mejor manera de tomar estas determinaciones es separándolas del proceso mismo de constitución de la ONG. Así, las leyes tributarias deberían establecer criterios claros y amplios para determinar la compatibilidad para el goce de la exención. Las administraciones de impuestos deberían, por su parte, acoger el significado claro de los criterios legales cuando toman decisiones en casos individuales; y toda negativa a conceder la exención debería ser recurrible ante tribunales independientes.

Los principales documentos que deberían exigirse para la constitución de una ONG son los estatutos que rigen la vida de la organización. Los estatutos debieran, dentro de las leyes aplicables a las ONGs, definir adecuadamente la naturaleza y el propósito de la organización, establecer la estructura interna y las competencias de sus órganos de dirección, identificar sus fundadores, directores y oficiales, determinar la dirección de su sede principal y designar su representante legal.

El proceso burocrático, al igual que la documentación exigida, deberían ser simples y deberían estar sujetos al mínimo número posible de instancias de revisión.<sup>79</sup> Y, otra vez, toda revisión debería implicar mínima discreción o apreciación burocráticas. No debiera ser nunca *necesario* para las ONGs recurrir al legislativo o a alguna de las ramas de éste para conseguir constituirse jurídicamente (aunque no existe ninguna razón para que los órganos legislativos no puedan crear ONGs semiautónomas). El ministerio o la agencia gubernamental competente para formalizar la existencia jurídica de ONGs debería publicar reglamentos y formatos que expliquen el proceso de constitución. Debería también proveer asistencia a las ONGs que están buscando conseguir la condición de entidades formalmente constituidas y debería exigírseles que produzcan un documento escrito en el que expresen sus razones para rechazar la constitución de una ONG.

De ordinario no se necesita prueba de que la organización tiene los haberes financieros para alcanzar sus propósitos declarados.<sup>80</sup> Si no los tiene, fracasará. Si los tiene, ya sea en el momento de constituirse o más adelante, puede realizar su misión. Tampoco es necesario que un funcionario gubernamental decida si hay necesidad de que la organización exista o no. Si la organización fuere capaz de conseguir fondos y de ofrecer los bienes y servicios que persigue, habrá demostrado que hay necesidad de ella. Si no fuere capaz de ello, fracasará. De manera general, el “mercado” para las ONGs y para la financiación de ONGs decidirá si hay o no necesidad de una nueva organización; ningún burócrata debería tener la atribución o competencia de tomar estas decisiones.

Por último, en lugar de requerir que una ONG renueve periódicamente su condición de tal, como se exige en algunos países, es preferible que la vida legal de una ONG tenga el carácter de perpetua hasta –y a menos que– la ONG cese de funcionar, como lo pondrían en evidencia, por ejemplo, la falta total de actividades y la no presentación de informes anuales durante un período de dos o más años.<sup>81</sup> El hecho de deshacer las ONGs que han permanecido difuntas durante períodos de tiempo prolongados libera nombres que podrían ser provechosamente utilizados por otros, evita que el público sea llevado a creer equivocadamente que una ONG nominalmente establecida tiene existencia significativa y limpia el paisaje legal de nichos legales no utilizados. Reglas semejantes se aplican ordinariamente a las entidades que sí persiguen ánimo de lucro, y las que rigen las ONGs no

deberían ser substancialmente diferentes de aquéllas. Los dirigentes de una ONG deshecha deberían, por supuesto, quedar en libertad de intentar reconstituirla en cualquier momento.<sup>82</sup>

*(c) Las normas que regulan la constitución jurídica de las ONGs deben fijar límites de tiempo razonables dentro de los cuales la agencia estatal competente debiera actuar (por ejemplo, 60 días) y prever también que, de no producirse la actuación de dicha agencia dentro del tiempo previsto, se presuma aprobada la constitución de la ONG.\*\**

Discusión. La disposición que presume la aprobación cuando no hubiere respuesta de la agencia competente, dentro de un cierto lapso de tiempo, impide que los funcionarios que vigilan los procedimientos de creación utilicen la demora como arma para negar en la práctica la constitución jurídica de una organización que no favorecen.<sup>83</sup> Como es apenas obvio, la contabilización del límite de tiempo no debería comenzar hasta que la solicitud no se encuentre completa y debidamente presentada; pero los funcionarios responsables de la tramitación de esta solicitud no deberían estar en posición de basarse en formalismos excesivos como fundamento para argüir que la solicitud se encuentra incompleta. Si la agencia competente estima que la creación de una determinada ONG no está permitida por la ley, debería sostenerlo explícitamente y dejar que la decisión final la tomen las instancias ante las cuales se puede recurrir.

*(d) Las ONGs deberían poder optar entre la existencia a perpetuidad o la existencia en tiempo fijo o predeterminado, si ésta última fuere la decisión de los fundadores.*

Discusión. Algunos estados de la India exigen que las ONGs soliciten anualmente la continuidad de su existencia jurídica. En Ruanda, la aprobación inicial sólo se extiende al primer año y una ONG no puede existir más de tres años. En Kenia, las ONGs deben renovar la aprobación de su existencia y pagar una tarifa de licencia cada cinco años. Estas no son prácticas sanas puesto que tales limitaciones generan trámites, exámenes y controles burocráticos innecesarios. El Estado debería asegurar que las ONGs cumplen sus obligaciones, no mediante renovaciones anuales del registro requerido para mantener su existencia en cuanto personas jurídicas, sino mediante la exigencia de informes anuales de contenido sustantivo, respaldados por un proceso efectivo de auditoría. Véanse las secciones 23 a 29.

*(e) Tanto las personas naturales como las jurídicas deberían tener el derecho a constituir ONGs.*

Discusión. Todas las leyes vigentes sobre ONGs autorizan a las personas naturales o individuos a constituir ONGs; pero muchos regímenes legales no permiten que personas jurídicas tales como las sociedades o las asociaciones constituyan una ONG. Es muy deseable que se autorice la creación de ONGs por parte de las personas jurídicas. Ello permitiría que ONGs de orientación similar formasen grupos “paraguas” o de segundo nivel para atender asuntos de interés mutuo. Una asociación de ONGs puede, por ejemplo, brindar capacitación y otros servicios útiles a sus miembros o articular los intereses comunes de ellos. Muchas corporaciones con ánimo de lucro pueden, en otro ejemplo, asignar parte de sus utilidades para el mejoramiento de las comunidades entre las cuales operan. Con frecuencia, es más fácil para una corporación financiar proyectos comunitarios cuando puede constituir una fundación con personal separado que atienda este propósito. Las entidades de derecho público deberían estar también en capacidad de crear una ONG, y en este caso son

pertinentes las pautas discutidas en la Sección 37. Por ejemplo, las agencias responsables por asuntos culturales, en varios municipios, deberían estar en capacidad de formar una asociación que articulase sus intereses comunes con los del gobierno nacional e impartiese capacitación y otros servicios a sus miembros.<sup>84</sup> Evidentemente, una asociación de fundaciones o una de agencias municipales son, para todos los efectos legales, una asociación – y no una fundación ni el gobierno de una ciudad. En Alemania, Brasil y Rusia, los partidos políticos pueden crear fundaciones.

Por regla general, no hay razón para que los extranjeros no puedan formar una ONG en los mismos términos en que lo puede hacer un ciudadano. Véase la Sección 35. En el mismo sentido, debería considerarse la conveniencia de permitir que los menores de edad formen ONGs, particularmente ONGs que defiendan las perspectivas o los intereses especiales de los jóvenes. Por supuesto, podría resultar inapropiado que se permitiese a menores de corta edad, v.gr., infantes o menores de 12 años, ser fundadores o miembros de ONGs.

*(f) Las personas naturales deberían estar en capacidad de crear una ONG (por ejemplo una fundación) por acto testamentario.*

Discusión. Esta es una importante manera en la que la ley puede estimular que la propiedad privada sea transmitida para propósitos públicos. En muchos países industrializados, las personas naturales que poseen grandes fortunas disfrutan de ellas durante su vida y dejan la totalidad o parte de sus bienes para fines de caridad, después de su muerte. Aunque muchas de las asignaciones testamentarias se hacen a ONGs preexistentes, la experiencia de muchos países indica que las personas prefieren traspasar sus bienes a organizaciones que ellos mismos crean en su testamento. Si bien las más conocidas ONGs creadas de esta manera –v.gr., la Fundación Ford o la Fundación Gulbenkian– fueron creadas por individuos fabulosamente ricos, aún personas con fortunas modestas pueden hacer parte de esta práctica. Las leyes tributarias pueden ofrecer poderosos incentivos para estos propósitos.

*(g) Debería permitirse la existencia de organizaciones de beneficio mutuo al igual que de organizaciones de beneficio público.*

Discusión. Aunque el interés primordial del Banco Mundial recae sobre las organizaciones formadas para el beneficio público, tales como las destinadas al alivio de la pobreza o al mejoramiento del ambiente, la mayoría de las sociedades modernas permiten que los individuos formen ONGs para promover asuntos y actividades que redundan primeramente en su propio beneficio. Así, la mayor parte de las sociedades de profesionales están formadas para ofrecer servicios, facilidades de crédito o capacitación a sus miembros. Muchas de las ONGs de defensa o representación de intereses son en realidad asociaciones de individuos o de ONGs con preocupaciones afines, y son establecidas para impulsar políticas que benefician primeramente a sus propios miembros.

Como es evidente, la cuestión de si las organizaciones de beneficio mutuo deberían gozar de todos los beneficios y los privilegios (v.gr., el derecho a recibir contribuciones deducibles para fines del impuesto sobre la renta) conferidos a las organizaciones de beneficio público plantea un tema diferente, que no debe ser confundido con la cuestión de si la creación de las organizaciones de beneficio mutuo debería ser o no permitida.

*(h) Como regla general, la pertenencia a una organización de membresía debería obedecer a un acto de voluntad. Ninguna persona debería ser compelida a hacer parte de una organización o a mantener su pertenencia en ella.*

Discusión. Si bien las personas naturales o jurídicas deberían tener libertad de retirarse de una organización de membresía, cualesquiera sea la razón que invoquen para ello, es justificado imputar responsabilidad a la persona que se retire por concepto de su cuota parte en las deudas o demás obligaciones de la organización hasta la fecha del retiro, siempre y cuando todo los demás miembros de la organización, durante ese período, sean responsables en los mismos términos y condiciones.

Bajo ciertas circunstancias, es apropiado compeler a hacer parte de una organización de membresía. Por ejemplo, cuando el gobierno delega en una sociedad de profesionales (tales como las asociaciones de abogados, de médicos, de contadores o de otras profesiones) la facultad y la responsabilidad de otorgar licencia a sus miembros para la práctica de esa profesión, y para imponer sanciones disciplinarias a quienes quebranten los códigos de conducta de la profesión, resulta apropiado exigir membresía en esa sociedad como precondition para la práctica de la respectiva profesión.

**Sección 4: Agencia Estatal Responsable.** *La agencia estatal competente en materia de la formación jurídica de ONGs debería estar adecuadamente dotada de personal y contar con profesionales competentes. Esta agencia debería ser imparcial en el cumplimiento de su labor y sus decisiones de aprobación o de terminación de una ONG deberían ser susceptibles de recursos, tanto por la vía administrativa cuanto por la vía judicial.*

Discusión. Los sistemas jurídicos difieren considerablemente en cuanto al tipo de agencia que tiene la competencia para constituir ONGs. En algunos países, las ONGs no pueden ser constituidas mientras no reciban aprobación de parte del ministerio responsable del ramo o la materia objeto de las actividades propuestas por la ONG. El acto mismo de constitución puede tener lugar ante una sola instancia, como puede serlo un juzgado o tribunal; pero debe obtenerse previamente la aprobación ministerial. Así, las ONGs para la salud deben ser aprobadas previamente por el Ministerio de Salud; las ONGs para la cultura por el Ministerio de Cultura o el que haga sus veces; y así sucesivamente. La exigencia de aprobación previa por parte del ministerio del ramo tiene cuando menos cuatro inconvenientes: (i) distintos ministerios tienden a exigir estándares diferentes para la aprobación, bien sean estándares muy laxos o muy estrictos; (ii) como las tareas de supervisión de las ONGs quedan dispersas entre muchos ministerios, ninguno de ellos se especializa en tratar con las ONGs; (iii) ciertos ministerios pueden oponerse a la creación de ONGs que enfocan los problemas de su ramo de manera distinta a las políticas impulsadas por el ministerio, y (iv) algunas organizaciones tienen dificultad en encontrar un ministerio que se reclame competente en el ramo de las actividades que intenta desarrollar la organización. Por ejemplo, un club de canotaje podría tener dificultad para convencer al Ministerio del Deporte que las actividades que intenta desarrollar constituyen un deporte o al Ministerio de Parques y Medio Ambiente que tales actividades son relevantes para la conservación de parques y reservas naturales. Por último, según se discutió bajo la Sección 3-b supra, en la medida en que las actividades propuestas no sean ilegales, no es necesario que un ministerio determine si una ONG está o no en capacidad de desempeñar las actividades que se propone o si tales actividades son deseables. El “mercado” de apoyos financieros y de intereses de los miembros o del público

en general puede establecer mejor si una ONG llena o no una necesidad sentida que lo que lo puede hacer un burócrata con poco o ningún conocimiento sobre la actividad propuesta.

Algunos países –especialmente países de derecho civil que están saliendo de períodos durante los cuales hubo grande desconfianza para con el gobierno– atribuyen las responsabilidades de aprobación de la constitución de ONGs a la rama Judicial del Poder Público. Los jueces son generalmente justos y cuidadosos en la administración de las leyes y no entremezclan sus opiniones políticas o personales con decisiones tales como la de aprobar o no la constitución de una organización. No siempre ocurre así; además, existen otras consideraciones de por medio. En muchos de los países en los cuales los jueces toman las decisiones relativas a la constitución de una organización no se exige que la denegación de la aprobación de una ONG esté sustentada en razones que puedan ser apeladas ante un juzgado o tribunal de nivel superior. Este problema puede ser subsanado mediante la expedición de una norma o la reforma de la ley.

Existe otro problema que no puede ser solucionado tan fácilmente. Muchos de los juzgados o tribunales no están dotados de personal y los jueces no están preparados para vigilar y supervisar las ONGs. No basta con tener un buen sistema de constitución jurídica de esas organizaciones; el sistema debe estar apoyado en un programa de aplicación efectiva de las normas. Por el contrario, ministerios y agencias de control y vigilancia sí están estructurados, preparados y dotados del personal necesario para investigar las quejas u observar el cumplimiento de las leyes. Para citar un ejemplo, muchas de las oficinas de contraloría del nivel de los estados en los Estados Unidos<sup>\*\*\*</sup> tienen departamentos o secciones especiales destinadas a garantizar el cumplimiento de las normas sobre ONGs. Los juzgados o tribunales no están equipados para cumplir con estas tareas; han sido dotados y se han especializado para decidir los casos que los ciudadanos traen a su consideración. De manera que, si juzgados o tribunales fueran utilizados para decidir sobre la constitución jurídica de las ONGs, una o más agencias o entidades pertenecientes a otras ramas deben ser llamadas a supervisar y asegurar el cumplimiento de las leyes que rigen estas organizaciones – fragmentándose con ello la jurisdicción sobre las ONGs.

Algunos países concentran la responsabilidad de constitución y supervisión de ONGs bajo un solo ministerio. Esta asignación de tareas tiene la ventaja de centralizar la especialidad sobre ONGs en un mismo ente gubernamental. Sin embargo, hay situaciones en las cuales el enfoque adoptado por un tal ministerio en su política para ONGs está muy marcado por las otras responsabilidades que constituyen la misión principal del ministerio. Así, el Ministerio de Justicia podría estar excesivamente preocupado con detalles de procedimiento menos importantes, mientras que un Ministerio del Interior podría estar excesivamente preocupado con los riesgos de seguridad. En algunos casos este problema ha sido evitado y la agencia directamente responsable ha conseguido cumplir eficazmente su labor para con las ONGs. Por ejemplo, aunque la entidad primordialmente responsable con la expedición de normas sobre ONGs y la vigilancia de su cumplimiento es, en los Estados Unidos, la oficina de administración de impuestos (Internal Revenue Service), la unidad especializada que ha sido creada dentro de la administración de impuestos para estos efectos –la llamada Rama de Organizaciones Exentas (Exempt Organizations Branch)– se ha despojado de la actitud tradicional de los recaudadores de impuestos y ha desarrollado un personal y un conjunto de reglas y procedimientos que, por lo general, apoyan ampliamente las muy legítimas actividades de las ONGs.

Estos problemas de prejuicios, de especialidad y de capacidad regulatoria pueden ser resueltos mediante el recurso a una agencia especializada dentro de la cual exista participación significativa de las ONGs y del público en general. Varios países que han observado el modelo la Comisión inglesa para Entidades de Caridad (Charity Commission) están considerando la creación de una agencia especializada para todos los efectos de constitución de ONGs, supervisión de su cumplimiento de la ley, imposición de sanciones en caso de violaciones de la ley y ofrecimiento a ellas de los servicios de educación, capacitación y asistencia técnica. Tal agencia puede estar dirigida por una comisión que comprenda funcionarios de varios ministerios y aún del Legislativo, de manera que refleje la diversidad de puntos de vista del gobierno y del Estado. Puede también esa comisión incorporar miembros escogidos de entre el sector de las ONGs, incluyendo las ONGs donantes, y de la sociedad en general. En Kenia, las ONGs son creadas y reguladas por la Junta de Coordinación de las Organizaciones No Gubernamentales (Non-Governmental Organizations Coordination Board), siete de cuyos 23 miembros son representantes del sector de las ONGs. Las decisiones de esta Junta que resulten adversas a las peticiones de las ONGs pueden ser recurridas por las vías administrativa y judicial. La posibilidad de crear una sola entidad que se responsabilice de manera especializada de los asuntos de las ONGs está siendo activamente entretenida en Bulgaria, Senegal y África del Sur.

Cuando una sola agencia alberga todas las funciones que tocan con las ONGs, es posible especializar un personal cuya única función es tratar con las ONGs. La práctica de una sola agencia elimina los muy frecuentes conflictos o las inconsistencias y contradicciones. Lo que el organismo especializado aprende de la aplicación de las normas puede alimentar las normas y los procedimientos que él expide y viceversa. Esa agencia puede también mejorar la comprensión de las leyes que dicen con las ONGs y el profesionalismo de éstas mediante el ofrecimiento de cursos y de sesiones de capacitación de participación voluntaria. Si las decisiones de esa agencia especializada se sujetaran a recursos ante juzgados y tribunales se reducirían o se eliminarían seguramente los dos mayores peligros de una entidad de este tipo, a saber: el riesgo de excesos en la intervención reguladora del Estado y el riesgo de ser excesivamente complaciente con las ONGs.

No obstante todo lo anterior, la consolidación de la autoridad regulatoria del Estado sobre las ONGs en una sola agencia o comisión conlleva serios riesgos. Se puede abusar y de hecho se abusa frecuentemente del poder. No cabe duda de que el ímpetu que ha llevado a la expedición de muchas “leyes sobre ONGs”, de reciente expedición, que crean comisiones separadas para regular las ONGs, corresponde al deseo de ejercer mayor control sobre lo que hacen las ONGs. Así, algunos críticos han sostenido que las comisiones de Kenia y de Uganda han ejercido excesivos controles burocráticos sobre las ONGs. Y la comisión que se ha propuesto en Hungría ha sido rechazada por las propias ONGs con el argumento de que agrava el burocratismo que ya están forzadas a sortear. Hasta la Comisión para Entidades de Caridad, en Inglaterra, era hasta hace poco tiempo considerada demasiado formalista y alejada de la realidad del sector por parte de muchas ONGs.<sup>85</sup> Y todo indica que la Comisión de Caridad del Estado de Maharashtra, en la India, impone una tarifa anual a las ONGs pero no lleva siquiera un directorio actualizado de ONGs.

No existe una sola respuesta correcta a la pregunta de dónde colocar la responsabilidad para la constitución de las ONGs. Al final de cuentas, la respuesta parece ser que cualesquiera asignación de competencias puede funcionar bien si la aplican personas de buena voluntad y que toda solución es susceptible de ser administrada de manera pobre o incompetente. En última instancia, los problemas relacionados con la constitución de ONGs

pueden resolverse de la mejor manera mediante la utilización de unos pocos criterios que son a la vez tan sencillos y tan objetivos cuanto sea posible.

**Sección 5: Reformas de los Estatutos por parte de la misma ONG.** *Las ONGs deberían tener la posibilidad de reformar sus propios estatutos sin necesidad de reconstituir completamente la organización.*

Discusión. Según las leyes de algunos países, es necesario reconstituir completamente una organización cada vez que se modifica su nombre o sus objetivos o su sede principal, etc. Esta es una carga innecesaria. Debería ser posible efectuar estas reformas mediante una simple presentación de documentos ante la agencia competente en los cuales se indique la naturaleza de la reforma.

Las ONGs deberían tener la posibilidad de reformar sus estatutos, para modificar sus objetivos o sus actividades, mediante el mismo proceso de aprobación que se siguió para su constitución inicial. Por ejemplo, si se la parálisis infantil se eliminara completamente en un determinado país, una ONG constituida inicialmente para combatir esta enfermedad podría pretender una reforma de sus estatutos que le permitiese adoptar como propósito la prevención de las enfermedades hereditarias de los niños. Aunque reformas de esta naturaleza deberían ser permitidas y aún estimuladas, las leyes de ciertos países (v.gr., Japón, Nepal) hacen prácticamente imposible la modificación de los objetivos o los propósitos de una ONG.

Del otro lado, deberían existir ciertas restricciones a la capacidad de modificar los propósitos de una ONG. Por ejemplo, cuando el sistema jurídico de un país confiere beneficios especiales (v.gr., incentivos fiscales) a un tipo de organizaciones (por ejemplo, PBOs o subclases de PBOs) y no a otras, las leyes deberían prohibir la reforma de propósitos o de actividades que implicare adoptar los de otro tipo de organización (por ejemplo, una MBO), con lo cual se produciría una desviación de dineros o de bienes provenientes de contribuciones públicas, de transferencias gubernamentales o de beneficios tributarios significativos hacia el beneficio particular de miembros de la organización. Véase la Sección 18.

Por último, con el fin de asegurar que activos provenientes de la aplicación de privilegios tributarios o de donaciones públicas no sean convertidos al uso privado, no debería permitirse ordinariamente que una ONG se convirtiese en entidad con ánimo de lucro. En este caso, debería exigirse la terminación de la ONG y que sus bienes o activos fuesen distribuidos de acuerdo con la ley. Véase la Sección 9. Entonces sí, los individuos interesados podrán constituir una nueva entidad, ésta con ánimo de lucro.

**Sección 6: Reforma de los Estatutos cuando la ONG no puede reformarse a sí misma.** *Debería existir un procedimiento para reformar los estatutos de una organización aún cuando la organización no pueda hacerlo independientemente por sí misma.*

Discusión. En ocasiones una organización encuentra que no puede hacer la reforma deseada. Por ejemplo, una ONG creada por testamento puede ser llamada a realizar actividades que no son ya posibles o legales, tales como otorgar un premio anual por destacadas contribuciones a la prevención de accidentes que involucran vehículos tirados por

caballos, cuando la ciudad no permite más tales vehículos, o el otorgamiento de un premio a estudiantes de un grupo étnico particular en un país que ahora prohíbe la discriminación racial. Otro tipo de situación ocurre cuando una organización ha prohibido en sus estatutos la posibilidad de realizar una cierta actividad o de dotarse de una cierta estructura, pero esa actividad o esa estructura han llegado a ser deseables con el paso del tiempo. En casos como éstos, debería ser posible recurrir a los juzgados o tribunales para obtener autorización judicial para reformar los estatutos – de manera que se permitan actividades tan cercanas cuanto sea posible a las previstas en el testamento (v.gr., otorgar premios a las contribuciones más destacadas a la prevención de accidentes automovilísticos), o sea posible realizar la actividad o adoptar la estructura deseada cuando todos los miembros de la organización deseen el cambio.<sup>86</sup> En los sistemas de derecho consuetudinario estos cambios son posibles bajo la doctrina del *cy pres*.

Es también apropiado que las leyes señalen un procedimiento para resolver una situación enteramente distinta: aquélla en la cual los cuerpos directivos de una ONG han llegado a una situación de estancamiento indefinido o punto muerto. Un ejemplo de esta situación se presenta cuando la junta directiva está dividida por partes iguales en torno a una cuestión de importancia para la vida de la ONG e intentos repetidos de resolver el empate han resultado infructuosos; pero la resolución del impase es necesaria para la supervivencia o las actividades de la organización. En tal caso, la ONG (o, cuando menos, uno de los grupos en que se halla dividida la junta) debería poder recurrir al poder judicial en búsqueda de orientación.

***Sección 7: Registro Público.*** *Casos de constitución de ONGs en más de un lugar: Además de los registros locales, debería existir un registro nacional único para todas las ONGs registradas y este registro debería ser accesible al público.*

Discusión. Debería exigirse registro a las ONGs que esperan obtener donaciones, recibir transferencias, celebrar contratos o beneficiarse de privilegios tributarios o de otros tratamientos especiales; de esta manera, las agencias gubernamentales pueden determinar cuáles ONGs están debidamente constituidas, y cuáles son sus propósitos, sus facultades y sus limitaciones. Todo individuo o empresa que tenga negocios con una ONG (v.gr., arrendamiento de inmuebles, venta de bienes, aceptación de empleo) debería estar en capacidad de establecer si la ONG ha sido constituida como persona jurídica debidamente reconocida. Es además importante que el público tenga acceso a esta información. Para su propia protección, los ciudadanos necesitan estar en capacidad de verificar si una supuesta ONG que busca su apoyo está realmente constituida o no. Además, cuando las personas en general tienen acceso al registro de ONGs, pueden ejercer vigilancia útil y adicional sobre ellas y sacar a la luz posibles problemas que puedan haber sido ignorados o pasados por alto por el gobierno.

En un sistema federal en el que la constitución jurídica de una ONG se realiza en el nivel del estado o la provincia, y en el que cada estado o provincia tiene sus propias leyes sobre esta materia, podría suceder que sólo fuere posible tener un registro consolidado en el nivel estatal o provincial.

Resulta conveniente, tanto para los intereses del gobierno como para los intereses de los particulares, que exista, en la medida de lo posible, un registro nacional único.<sup>87</sup> No hay razón para que las ONGs no puedan establecerse en varias localidades de un determinado país y

que tengan un registro público en cada una de estas localidades; pero todos los establecimientos locales (o la terminación de éstos) deberían ser consolidados periódicamente en un registro nacional al alcance de todos. Estos registros deberían hacer posible la obtención, no sólo del nombre y la dirección de una organización constituida, sino también una copia de los estatutos de la organización y de los demás documentos que se presenten en oportunidad del trámite de constitución.

***Sección 8: Fusiones y divisiones o separaciones. Deberían existir normas claras que permitieren, pero no obligaren, a las ONGs llevar a cabo fusiones y separaciones o divisiones. Las fusiones pueden limitarse a las organizaciones que realizan proyectos afines.***

Discusión. La decisión de una ONG de fusionarse o de dividirse en varias ONGs separadas debería dejarse acto voluntario de ella.<sup>88</sup> Es pertinente requerir que una decisión de esta envergadura sea adoptada por el más elevado cuerpo directivo de la ONG (v.gr., la asamblea de todos los miembros o la junta directiva) y exigir también el voto de una mayoría especialmente calificada (v.gr., dos terceras o tres cuartas partes) de los miembros de este cuerpo directivo.

### ***Sección 9: Terminación, liquidación y disolución***

*(a) Terminación Voluntaria. Una ONG debería estar en capacidad de terminar sus actividades y de liquidar sus bienes cuando así lo decidieren sus órganos de dirección.*

Discusión. Aunque las ONGs deberían estar en capacidad de decidir sobre la continuación o no de su propia existencia, algunos países no permiten su terminación sin que medie permiso del gobierno (por ejemplo, Bangladesh, Ecuador, Pakistan y Sri Lanka). En los casos de terminación o disolución de ONGs que han recibido fondos del gobierno, donaciones públicas o beneficios tributarios considerables, es pertinente que la ley ordene que los activos netos de la organización sean transferidos a otra ONG de propósito similar o al Estado, y que prohíba que tales activos pasen a manos de los fundadores, los directivos o los funcionarios de la ONG. Por ejemplo, cuando una ONG se disuelve en África del Sur, sus activos netos deben ser transferidos a una ONG de propósitos similares y si la ONG disuelta gozare de exención tributaria, la ONG que reciba los activos de la organización disuelta debe también gozar de este privilegio. Véase la Sección 18.

*(b) Terminación involuntaria. La agencia oficial o el juzgado o tribunal competente para vigilar una ONG debería estar en capacidad de terminar su existencia únicamente en caso de las más flagrantes violaciones de la ley o de reincidencia en el incumplimiento de ciertas normas (v.gr., incumplimiento en la presentación de los informes exigidos). Salvo los casos de fraude flagrante o de otro abuso similar, las ONGs deberían estar en posibilidad de corregir sus infracciones en vez de sufrir la terminación involuntaria; la terminación puede ordenarse si no se dieran estas correcciones.*

Discusión. Cuando una o más agencias gubernamentales tienen la facultad discrecional de terminar una ONG, tomar posesión de sus bienes o pasar a manejar sus operaciones, la mera posibilidad de que esto suceda tiene un efecto intimidatorio sobre la independencia de las ONGs. Con el fin de garantizar la existencia de un sector vigoroso e independiente de ONGs, las leyes deberían prescribir advertencias previas a las sanciones como también

sanciones intermedias (multas, suspensión de los aportes gubernamentales o contratos con el gobierno) para varios tipos de violaciones y, por último, la sanción de terminación.<sup>89</sup> La terminación de la existencia legal, la congelación de los activos o el manejo y control de una ONG sólo deberían ser un arma de último recurso. Los gobiernos sólo deberían recurrir a ella en los casos de las más graves y más descaradas violaciones y sólo después que la ONG ha tenido la oportunidad de corregir su comportamiento.<sup>90</sup> Debería existir el derecho a recurrir por la vía judicial contra la decisión de terminación de una ONG y este recurso debería producir efectos suspensivos; además, la terminación no debería ser efectiva hasta tanto no hubiere transcurrido el término para recurrir.

## Capítulo E. Estructura y Gobierno Interno

**Sección 10: Requisitos mínimos de los Estatutos.** *Las leyes sobre ONGs deberían ordenar, imperativamente, ciertas provisiones mínimas que deben contener todos los estatutos de una ONG, tales como la frecuencia de las reuniones ordinarias del más alto cuerpo directivo (asamblea de miembros o junta directiva), que el cuerpo directivo es la única instancia competente para reformar los estatutos básicos de las organización o para decidir sobre fusiones, divisiones o terminación de la ONG, o que ese mismo cuerpo directivo debe aprobar los balances financieros de la organización. Y así sucesivamente.*

Discusión. Las leyes deberían requerir que los estatutos de una organización expresen sus propósitos y hagan explícita la estructura básica de dirección. Los estatutos deberían, por ejemplo, identificar el organismo o la instancia de dirección de más alto rango de la ONG (la asamblea de miembros o la junta directiva) y estipular la frecuencia o el número mínimos de sus reuniones. Asimismo, deberían plasmarse expresamente las facultades y las competencias básicas de esta instancia, como también la restricciones para que delegue sus responsabilidades en otros. Los estatutos podrían, por ejemplo, reservar para la instancia directiva más alta el derecho de reformar esos mismos estatutos o de fusionar o terminar la organización. Toda restricción legal que pese sobre la organización, tal como la prohibición de distribuir utilidades, debería ser consagrada en los estatutos. De esta manera se asegura que la junta directiva, que está compuesta ordinariamente de individuos que no están versados en materia de leyes sobre ONGs, tiene fácil acceso y, cuando menos, conocimiento constructivo de las limitaciones impuestas por la ley sobre la organización.

El contenido mínimo de los estatutos varía de país a país y las tradiciones locales influyen considerablemente en la determinación de los tipos de providencias que deben incluirse en los estatutos.<sup>91</sup> De ordinario, los fundadores gozan de considerable discreción para determinar, por ejemplo, cuáles son las reglas de votación de la organización, siempre y cuando éstas se hagan explícitas.

Es frecuentemente necesario prever ciertas limitaciones o prohibiciones estatutarias para hacerse acreedor a privilegios tributarios o recibir donaciones de ciertos donantes. Por ejemplo, los propósitos de la organización pueden tener que limitarse a actividades de beneficio público y podría ser indispensable prohibir distribuciones de utilidades – requisitos que, generalmente, deben estar incluidos en los estatutos. Esta inclusión no es estrictamente una exigencia impuesta por la ley, pero debe cumplirse con ella para alcanzar ciertos beneficios.

**Sección 11: Disposiciones optativas y requisitos especiales.** *Las leyes que rigen las ONGs deberían otorgarles (en cabeza de sus fundadores o de su instancia directiva de más elevada jerarquía) amplia discreción para establecer y cambiar la estructura de dirección y funcionamiento de la organización.*

Discusión. La más alta instancia directiva de una ONG debería estar en posición de adoptar reglas, reglamentos, órdenes o resoluciones que rijan los detalles de funcionamiento de la organización, siempre de conformidad con los estatutos. Debería también tener facultad de aumentar o disminuir el número de directores, quizás dentro de límites fijados por los mismos estatutos, y de crear o eliminar cargos altos dentro de la organización.

De manera general, lo importante es que los estatutos establezcan una estructura básica que delimite los propósitos y la dirección de la organización. Puesto que las organizaciones cambian y crecen con el tiempo, es también necesario consagrar flexibilidad respecto de los asuntos que no son esenciales. No debería ser necesario reformar los estatutos para introducir cambios menores en la organización, tales como la creación de un comité de finanzas o la adición de nuevos puestos en la junta directiva.

### **Sección 12: Responsabilidades de los funcionarios y directivos**

*(a) Las leyes que rigen las ONGs deberían prescribir que los directivos, funcionarios y empleados de una ONG no serán personalmente responsables de las deudas, las obligaciones o las responsabilidades de ella.*

Discusión. Es evidente que los funcionarios o los directivos pueden, por virtud de un contrato privado, hacerse responsables de las deudas o demás obligaciones de una ONG, tal como ocurre cuando un directivo garantiza el pago de un crédito suscrito por la ONG. Más aún, los individuos son siempre responsables de sus actos individuales, aún cuando la organización para la cual trabajan sea responsable por asociación. Por ejemplo, una ONG puede ser responsable del daño causado a un tercero por un empleado suyo que conducía su automóvil en desempeño de su empleo o en conexión con éste (la doctrina de respondeat superior). Sin embargo, el hecho de que la ONG sea responsable por asociación no libera al individuo de responsabilidad.

*(b) Los funcionarios y directivos deberían responder ante la organización y/o ante terceros por los daños que su desempeño les ocasione, bien sea con voluntad o con notoria negligencia, o por descuido de sus deberes.*

Discusión. Es frecuente el caso de un tercero que demanda a una ONG por el daño causado por la acción u omisión de uno de los funcionarios o directivos de ésta. Si la ONG es constreñida a indemnizar, debería estar en capacidad de demandar el funcionario o directivo por descuido de sus deberes. Muchos regímenes autorizan que la ONG proceda contra el directivo o funcionario en el mismo proceso que resuelve la demanda del tercero. El directivo o funcionario no debería ser responsable cuando él o ella hubieren actuado razonablemente o de buena fe.<sup>92</sup> Sin embargo, con miras a prevenir que un tercero que ha sufrido daño no reciba justa indemnización en los casos de terminación o de insolvencia de una ONG, el tercero debería tener el derecho a demandar el pago directamente del funcionario o director que ha causado la ofensa.

### **Sección 13: Deberes de lealtad, diligencia y reserva de información**

*(a) Las leyes deberían imponer a funcionarios y directivos de una ONG el deber de comportarse lealmente con la organización, de cumplir con sus responsabilidades para con ella con esmero y diligencia y de mantener la reserva de la información privada de la organización.*

Discusión. Esta regla es similar a la que se aplica a los directivos y funcionarios de las demás personas jurídicas. Por ello, puede ser incluida en una ley general, separada de las leyes que rigen las ONGs, o puede ser establecida simplemente como principio general del sistema jurídico.

*(b) La misma ONG, o cualesquiera persona afectada de la sociedad, debería estar en posibilidad de demandar judicialmente la reparación de toda violación a estos deberes.*

Discusión. Además del derecho de las ONGs a demandar la protección de sus intereses o de buscar reparación, algunos sistemas jurídicos autorizan al procurador del interés público, al contralor general o a sus equivalentes a presentar demandas en representación de las ONGs. Como muchas ONGs son pequeñas, débiles o incapaces de cuidar de sus propios derechos, especialmente cuando se trata de entablar acciones legales, éste es un rasgo deseable de todo sistema jurídico.

El asunto de cuándo es una persona suficientemente afectada por la violación de los deberes que pesan sobre los funcionarios o directivos de una ONG se resuelve mediante el principio del “interés en la causa” (“standing”). Una acción legal sólo puede ser iniciada por la persona cuyo interés particular ha sido afectado. La definición de quién tiene interés legítimo para actuar difiere de un sistema a otro; pero la mayoría de los sistemas requieren que el demandante demuestre un interés directo y personal antes de él o ella inicien un proceso judicial.

Las reglas del “interés en la causa” son también de importancia crucial para definir la capacidad de las ONGs para recurrir a procesos judiciales con fines de interés general. Por ejemplo, una ONG podría cuestionar una restricción legal que impide a las mujeres acceder a créditos bancarios o que limita su habilidad para realizar negocios. Sin embargo, a menos que la ONG tenga “legitimidad en la causa” bajo las reglas vigentes en el país, no podría iniciar tal proceso judicial. En este sentido, muchos sistemas jurídicos requieren que la ONG encuentre una mujer particular o un grupo de mujeres que en interés propio demanden la suspensión o derogación de esas restricciones; la ONG puede brindar a ellas la representación legal que necesiten para estos efectos.

#### **Sección 14: Prohibición de conflictos de interés**

*(a) Debería darse cuidadosa consideración a la medida en la cual las leyes ordenan que los funcionarios, los directivos o los empleados de una ONG están en la obligación de evitar todo conflicto entre sus intereses personales y los intereses de la ONG. Las leyes que regulan los conflictos de interés para los funcionarios o directivos de las entidades con ánimo de lucro pueden adaptarse para aplicarlas a las ONGs.*

Discusión. Puesto que existe un gran número de diferencias entre las estructuras y las actividades de las ONGs, y como existe también un sinnúmero de formas en las que los individuos pueden relacionarse con una ONG y también con entidades que de alguna manera se relacionan con esa ONG, es prácticamente imposible anticipar los tipos específicos de conflicto que deben evitarse.<sup>93</sup> Una posible aproximación consiste en prohibir en términos generales los conflictos de interés, y dejar que jueces y magistrados definan casuísticamente si hubo o no violación de la ley. Sería también posible exigir que las ONGs adopten medidas específicas para la prevención de conflictos de interés en vista de las circunstancias particulares de cada organización. La obligación de evitar o corregir situaciones de conflictos de interés es principio de carácter general en algunos sistemas legales y se aplica a cualesquier persona que se encuentre en posición de confianza, con lo cual hace innecesaria la expedición de reglas específicas para ONGs sobre esta materia.<sup>94</sup> Por último, sería

pertinente, en algunos sistemas jurídicos, hacer explícita la diferencia entre MBOs y PBOs y exigir un estándar más elevado de conducta para funcionarios y directivos de PBOs.

*(b) Los conflictos potenciales pueden ser evitados mediante procedimientos de recusación.*

Discusión. Por ejemplo, cuando una persona pertenece a las juntas de dos ONGs que compiten ocasionalmente por contratos con el Estado, esta persona podría, con el consentimiento informado de ambas organizaciones, inhabilitarse ella misma de participar en toda decisión pertinente a estos contratos en particular y evitar compartir con la otra la información recibida de una ONG acerca de ellos.

*(c) Una ONG debería estar en capacidad de demandar la reparación de todo daño causado por un conflicto de interés.*

## Capítulo F. Prohibición de Beneficio Particular Directo o Indirecto

**Sección 15: Prohibición de distribución de utilidades.** *Las leyes que rigen las ONGs deberían prescribir que ningún ingreso neto o ninguna utilidad de una ONG puedan ser distribuidos como tales a una persona.*

Discusión. Según se dice en la Sección 19, debe permitirse que las ONGs realicen actividades económicas siempre y cuando el propósito principal de la ONG sea el interés público o el beneficio mutuo de sus miembros. Cuando una ONG obtiene ingresos netos de una actividad económica, debe destinarlos a los propósitos de interés común o de interés mutuo para los cuales fue constituida; esos ingresos no pueden ser distribuidos a ninguna persona. Así, es permisible que los ingresos y las utilidades derivados de una actividad económica habiliten a una MBO para ofrecer más y mejores servicios a sus miembros; pero no debería permitirse que ninguna ONG distribuyese utilidades en cuanto tales, v.gr., como dividendos o como remuneración excesiva.

La ley debería prohibir la distribución directa o indirecta de ingresos netos o de utilidades. Por ejemplo, la inclusión de un hijo o del esposo o esposa del presidente en la nómina de una ONG, cuando esa persona realiza trabajos de poca o ninguna utilidad, es simplemente una forma indirecta de distribuir utilidades al presidente. A contrario sensu, no toda negociación con personas claves debe ser prohibida. Por ejemplo, si los fundadores de una ONG le concedieron dinero en préstamo durante la fase inicial o de despegue de la ONG, debería permitirse que la ONG pagara el préstamo más los intereses cuando esté en posición de hacerlo.

*Este principio –el principio de la no distribución– es el rasgo individual más importante para distinguir las ONGs de las entidades con ánimo de lucro.*

### **Sección 16: Prohibición de beneficio particular**

*(a) Las leyes que rigen las ONGS deberían autorizar el pago de una remuneración razonable por el trabajo efectivamente realizado por funcionarios y empleados de una ONG, más el reembolso por gastos conexos con su trabajo y el pago de prestaciones sociales siempre dentro de criterios razonables. Por regla general, los directivos no deberían recibir remuneración.*

Discusión. Sólo los hechos y las circunstancias de cada situación particular pueden llevar a establecer lo que constituye remuneración razonable, gastos razonables y prestaciones sociales razonables.<sup>95</sup> Lo que es más importante, sería generalmente impertinente que una agencia gubernamental se entrometiese en los asuntos de una ONG para determinar precisamente qué es una retribución razonable por concepto de remuneración, gastos o prestaciones sociales extralegales, o para fijar los niveles máximos de salarios. Las legítimas preocupaciones que pudieren existir acerca de estas materias podrían esclarecerse mejor mediante mecanismos de autorregulación, tales como los que se discuten bajo el Capítulo M y el Apéndice 2.

No obstante las frecuentes referencias que se hacen a las ONGs como el sector “voluntario” o “de voluntariado”, y aunque muchas ONGs reciben valioso apoyo de personas o entidades voluntarias, es completamente válido que a los empleados de una ONG se les

pague un salario razonable y que reciban las prestaciones o beneficios sociales asociados normalmente con el salario (v.gr., vacaciones pagadas, jubilación o protección de salud, cuando no son provistos por el gobierno). Hay, sin embargo, una fuerte y sana tradición de que los salarios pagados en el sector cívico sean generalmente inferiores a los que se pagan en el sector con ánimo de lucro. Como existe una tradición que hace que los miembros de la junta directiva de una ONG presten sus servicios de manera gratuita o sin remuneración; esta tradición debería mantenerse y fortalecerse. Es sin embargo pertinente, cuando quiera que sea factible y en los casos en los cuales los miembros de la junta tienen restringidos recursos personales, reembolsar los miembros de la junta por los gastos razonables en que incurran en desempeño de sus cargos.<sup>96</sup> Cuando un miembro de la junta directiva, con aprobación previa de la junta, realiza tareas especiales para la organización (v.gr., como abogado o especialista técnico), es propio que se le pague remuneración razonable por el trabajo realizado.

Con todo, en el caso de algunas ONGs que piden a sus directivos asistir frecuentemente a reuniones y dedicar muchas horas a sus responsabilidades para con la organización, puede ser pertinente el pago de una remuneración razonable. En general, el principio dominante en todas las preguntas de esta índole es satisfacer los intereses primordiales de la ONG. En algunas ocasiones, esos intereses consisten en conservar los fondos de la organización; en otras, el pago de una remuneración más elevada para atraer los individuos más competentes puede reflejar el interés prioritario de la ONG.

El tema de la remuneración excesiva nunca se presenta en los casos de ciertas ONGs, bien sea porque carecen de recursos para pagar salarios o prestaciones sociales excesivas o porque han hecho suya, y con mucha fuerza, la tradición de remunerar o retribuir a sus empleados con sumas modestas. Una sana práctica, que corresponde al interés del buen manejo y de la integridad del sector, consiste en adoptar y en declarar públicamente una política que sólo permita pagos razonables por concepto de remuneración, de gastos o de prestaciones sociales extralegales.

No siempre observan las ONGs moderación o prácticas sanas en materia de remuneración. Existe una tendencia en algunos países desarrollados, con gran riqueza nacional y en los cuales las ONGs cuentan con vastos recursos, a que los salarios de las ONGs se aproximen a los salarios del sector con ánimo de lucro. Más aún, en todos los países existe la posibilidad de que se abuse de las ONGs, el pago excesivo por trabajo o la remuneración por servicios no realizados son maneras frecuentes como se hace uso indebido de ellas. En vista de esta circunstancia, es altamente recomendable que las leyes que rigen ONGs cuyas actividades afecten considerablemente el interés público exijan que se rindan cuentas públicamente\* sobre: (i) la remuneración recibida por los individuos mejor pagados de entre los empleados de la ONG, y (ii) toda remuneración reconocida a miembros de la familia de los fundadores, los funcionarios o los directivos de la ONG, independientemente de que estos individuos sean o no empleados de la organización. En la mayoría de los países, la exigencia de información abierta al público ocasionará un efecto antiséptico que llevará a las ONGs a practicar moderación en materia tan sensitiva como ésta.

*(b) Las leyes aplicables a las ONGs deberían ordenar que los activos, los ingresos recibidos y las utilidades de una ONG no puedan ser utilizados para otorgar, directa o indirectamente (v.gr., becas para parientes), beneficios personales especiales a una persona vinculada con la ONG (v.gr., funcionario, directivo, empleado, fundador o donante).*

Discusión. Es difícil concebir reglas precisas en este campo en vista de la enorme variedad de maneras en las cuales los funcionarios o los directivos de una ONG podrían buscar obtener beneficios indebidos de ella. Además, es ordinariamente difícil detectar o corregir los abusos. Por ejemplo, si una OMB concede protección especial para la salud de sus miembros, se vuelve aceptable extender esta protección al presidente de la organización. Sin embargo, si una OMB ofrece protección especial a los miembros que tengan una enfermedad excepcional, y sólo el presidente sufre de esa enfermedad, el hecho de extender a él los beneficios de la protección contra tal enfermedad constituye un beneficio personal indebido. Respecto de esta área puede ser necesario introducir criterios generales en las leyes y permitir que la agencia reguladora y los jueces los apliquen a cada caso.

*(c) En el caso de una MBO, los beneficios de sus servicios (v.gr., materiales educativos especiales o planes de seguros) pueden ofrecerse a sus miembros, siempre que se los haga extensivos a todos sus miembros sobre bases no discriminatorias.*

### **Sección 17: Prohibición de actuación en provecho propio\*\***

*(a) Las leyes que rigen las ONGs deberían disponer que todo contrato (v.gr., venta, arrendamiento o préstamo) entre una ONG y una persona vinculada a ella (v.gr, funcionario, directivo, empleado, fundador o donante) debe ser celebrado, si ese contrato fuere posible, como si se tratase de un tercero\*\*\* y por el justiprecio del mercado\*\*\*\*.*

Discusión. “Actuación en provecho propio” (“self-dealing”) es una expresión acuñada en los países de derecho consuetudinario para describir situaciones en las que personas que están en posición de influir o controlar una organización la llevan a realizar transacciones que redundan en beneficios excesivos para ellas, frecuentemente en detrimento de la organización.<sup>97</sup> Así, un fundador de una ONG podría llevarla a comprar de él o ella un bien por un precio inflado o a venderle un activo de propiedad de la ONG por una fracción de su precio real. Tales contratos son similares, en sus propósitos y en sus efectos, a la actuación de una persona influyente que lleva una ONG a pagar gastos excesivos de viajes o representación para el presidente de la organización. Todas estas actuaciones extraen recursos de una ONG, deslustran la imagen del sector y, por lo tanto, deberían ser prohibidas. La actuación en provecho propio es una especie de conflicto de interés. Véase la Sección 14.

Cuando se propusiere a una ONG una transacción que implica riesgos de provecho propio para alguien que tiene vínculos con ella, debería informarse a la junta directiva de todos los hechos y circunstancias antes de que se celebre el negocio; el empleado, funcionario o directivo involucrado en la transacción no debería tomar parte en la discusión o en la decisión sobre el asunto. El principio fundamental es que la persona afectada por una decisión a consideración de una ONG no debería estar presente durante la discusión ni el proceso decisorio, de manera que existan ciertas cortapisas a la consideración cándida del asunto y que quienes toman la decisión no se sientan inhibidos de tomarla con justicia debido a la presencia de la persona afectada por ella.<sup>98</sup>

*(b) Puede ser apropiado prohibir completamente ciertos tipos de transacción que conllevan muy altas posibilidades de abuso.*

Discusión. Ciertos tipos de transacción tienen por naturaleza poca o ninguna pertinencia para la misión de una ONG y, por ello, implican probablemente una actuación abusiva. Por

esta razón, deberían ser completamente prohibidos para las ONGs. Ejemplos de este tipo de actos o contratos son los préstamos de una ONG a un funcionario o directivo o la venta de bienes de una ONG a uno de sus funcionarios o directivos, en aquellos casos en los que es difícil determinar el precio de mercado de esos bienes.

*(c) Una ONG debería estar en capacidad de presentar demandas para reparar todo daño causado por actuaciones en provecho propio.*

Discusión. Casi todos los sistemas legales prevén mecanismos para reponer el daño causado. Por regla general, estos mecanismos apuntan a restituir las partes a la situación en la cual se encontrarían en caso de no haber ocurrido la transacción en cuestión. Ello puede implicar la rescisión del contrato celebrado más la transferencia a la ONG de todas las utilidades obtenidas por la persona que tuvo provecho con el abuso, devengadas sobre los bienes que ahora debe restituir a la organización.

### **Sección 18: Prohibición de reversión de los activos**

*(a) El régimen legal aplicable a las ONGs debería prohibir que las PBOs distribuyan activos a sus miembros, funcionarios, directivos, empleados, donantes o fundadores, con ocasión de la liquidación o terminación.*

Discusión. Las normas legales deberían permitir que una ONG, ya fuera en sus estatutos o mediante decisión que constare en otros documentos, designara otra ONG similar a la cual debieran transmitirse sus activos una vez pagadas todas las deudas y demás obligaciones. En algunos casos, grandes donantes convienen con la ONG, en el contrato de donación, que los fondos donados sean devueltos a ellos en la eventualidad de terminación. Una sana práctica consiste en que una ONG seleccione otra ONG destinada a las mismas o similares actividades para que reciba sus bienes una vez terminada aquélla. Si no existiere tal designación, cuando menos en el caso de las PBOs los bienes deberán revertir al gobierno o a un fondo gubernamental que otorga recursos a las ONGs.

Según sean las demás normas del sistema legal de un país particular, podría ser necesario prevenir el peligro de terminaciones de ONGs que transfieren irregularmente sus propios bienes ("downstream" terminations). Piénsese, por ejemplo, en un país que confiere mayores beneficios a las PBOs que a las MBOs. Si una PBO de este país recibiere donaciones substanciales del sector público y se beneficiare de privilegios tributarios, podría existir la tentación de terminarla y de que todos sus activos fueren traspasados a una MBO. Esa MBO podría ser terminada posteriormente y sus bienes transferidos a sus miembros (de conformidad con las reglas que se discuten bajo el literal (b) que sigue a continuación). Esta sería a todas luces una transferencia abusiva. Una manera de prevenir que esto suceda es cerrar la posibilidad de transferencias a las ONGs que por ley tienen derechos a menos beneficios que la clase a la cual pertenece la ONG que termina.

*(b) Puede ser apropiado abrir una excepción que permita la distribución de activos de una MBO a sus miembros, con ocasión de la terminación de la organización, una vez se hubieren solucionado todas sus obligaciones (Véase la Sección 1-b) y siempre y cuando la MBO no hubiere recibido nunca contribuciones significativas del público (es decir, de personas no afiliadas con ella en calidad de fundadores, donantes, funcionarios, directivos, empleados o miembros) ni transferencias, contratos o concesiones tributarias del gobierno.*

Discusión. Las MBOs que no se benefician nunca de transferencias o subsidios del sector público deberían estar en capacidad de transmitir sus activos netos a sus miembros en el momento de su terminación. Por ejemplo, un club de vela que se vale de las contribuciones de sus miembros para adquirir botes de vela para carreras de fin de semana debería poder, cuando terminara, distribuir sus botes y demás activos a sus miembros de alguna manera equitativa.

Esta es un área en la cual es posible argüir en favor de muchas excepciones o normas de carácter especial; pero el costo de introducir normas muy particulares es que el sistema normativo se vuelve muy complicado. Del otro lado, una regla general o uniforme conlleva injusticias inevitables.

De acuerdo con la pauta general recomendada más arriba, las reversiones de activos estarían prohibidas a las ONGs que hubieren gozado de la condición de entidad exenta para fines tributarios. Podría argüirse, sin embargo, que esta prohibición general no debería aplicarse cuando la organización consiga demostrar que nunca derivó ventaja de su condición de entidad exenta – por ejemplo, que nunca tuvo ingresos que habrían sido gravables de no haber estado exenta. O que podría permitirse la reversión cuando las autoridades tributarias hubieren recaudado ya todos los tributos que deberían haberse pagado si la entidad no hubiere estado exenta. Sin embargo, normas tributarias de este tipo, dirigidas a recapturar impuestos que no fueron debidos en su momento pero se han vuelto exigibles a raíz de una contingencia, son muy complicadas y de difícil administración. Todavía podría argüirse que una ONG que hubiese llevado separadamente la contabilidad de todas las contribuciones recibidas del público o del gobierno, y que estuviese en capacidad de demostrar que estas sumas fueron gastadas en programas pertinentes, no debería caer bajo la prohibición de reversión. La aplicación de esta excepción supondría que se hubiere llevado contabilidad separada a lo largo de toda la vida de la ONG. De manera que, debido a la complejidad de las normas especiales que se requerirían, o de la administración de éstas, el camino más seguro parece ser el de la prohibición simple y llana de las reversiones.

## Capítulo G. Actividades y Operaciones de las ONGs.

**Sección 19: Actividades económicas.** *Debería permitirse que una ONG realizara actividades legales de índole económica, empresarial o comercial con el fin de apoyar sus actividades sin ánimo de lucro, siempre y cuando: (i) ni los ingresos ni las utilidades de estas actividades fueran distribuidos como tales a los fundadores, miembros, funcionarios, directivos o empleados; y (ii) la ONG se organizare y funcionare con el fin primordial de realizar actividades sin ánimo de lucro (v.gr., culturales, educativas, de salud).*

**Discusión.** Muchos problemas de índole técnica deben ser resueltos con relación a las actividades económicas de las ONGs. Estos problemas, y las cuestiones aún más técnicas conexas con ellos e implícitas en el tratamiento tributario que ha de darse a las utilidades derivadas de tales actividades, son discutidos en detalle en el Apéndice I.

En este punto basta con advertir que es sana práctica permitir que una ONG realice actividades comerciales con el propósito de conseguir recursos para apoyar sus actividades sin ánimo de lucro, siempre y cuando su propósito principal no estribe en aquellas actividades comerciales sino en llevar a cabo los propósitos sin ánimo de lucro para los cuales fue constituida.<sup>99</sup> Por supuesto que, según se discutió bajo la Sección 15, no debería permitirse la distribución de utilidades.

Es especialmente adecuado permitir que las ONGs emprendan actividades comerciales en los países que atraviesan transiciones sociales y económicas, por cuanto las utilidades devengadas de tales actividades pueden brindar apoyo esencial para el desarrollo de un sector sin ánimo de lucro que sea a la vez sólido y receptivo.

**Sección 20: Licencias y permisos.** *Toda ONG que realiza actividades sujetas a licencia o regulación por parte de una agencia estatal (v.gr., de salud, de educación, de intermediación financiera) debería generalmente cumplir con los mismos requisitos y procedimientos regulatorios y de licenciamiento que se aplican a las actividades similares cuando son realizadas por personas naturales, organizaciones empresariales o entidades públicas.*

**Discusión.** Si una ONG desea manejar un ancianato, debería someterse a los mismos estándares de atención profesional, condiciones sanitarias, etc., que se exigen a cualesquier otro tipo de organización. Lo mismo se predica de toda otra actividad sujeta a normas reguladoras, como sucede con las normas para la protección del ambiente. Debe observarse, sin embargo, que algunos países prescriben normas un poco más laxas para ciertos tipos de ONGs. Así, a las llamadas escuelas alternativas puede permitírseles operar sin que reúnan las estrictas exigencias curriculares que se aplican a las escuelas regulares, como sucede en Hungría.

### **Sección 21: Actividades políticas**

*(a) En términos generales, las ONGs no son partidos políticos y no debería permitírseles emprender las clases de actividades reservadas ordinariamente a los partidos políticos, tales como realizar campañas de financiación para apoyar candidatos a cargos o corporaciones públicas o inscribir candidatos a cargos públicos.*

Discusión. Esta directriz presume que leyes o códigos especiales rigen las elecciones, los partidos políticos, la financiación de fines políticos y las campañas políticas, y busca garantizar la integridad de tales leyes o códigos.

*(b) Las ONGs desempeñan frecuentemente un papel central en el debate y en la formación de políticas públicas y deberían tener el derecho a expresarse libremente sobre los asuntos que son objeto de debate público, así las posiciones que adoptan no correspondan a las políticas gubernamentales. Los tipos de actividades o intervenciones de las ONGs en este respecto incluyen la investigación, la educación y la vocería o representación\* en temas de interés general.*

Discusión. Es importante recordar, como antecedente a las cuestiones que surgen bajo este acápite, que de acuerdo con el derecho internacional y con las leyes de casi todos los países el derecho a la libertad de expresión cubre a las personas naturales y no a las personas jurídicas.<sup>100</sup> Algunos países reconocen a las personas jurídicas derechos de libertad de expresión, bien sea como derecho propio, ora como derecho derivado de los individuos que pertenecen a ellas, como en el caso de una MBO. Aún cuando las ONGs gozan de amplios derechos de libertad de expresión, puede resultar adecuado imponerles razonables restricciones con respecto a la oportunidad, la manera o el lugar, siempre y cuando estas restricciones no excedan los límites de lo estrictamente requerido para lograr o para proteger un interés público comprobable. Y por supuesto que tales restricciones no deberían ser más onerosas que las restricciones semejantes impuestas sobre las demás personas jurídicas.

Numerosos países restringen de manera muy estricta la medida en la cual se permite a las ONGs erigirse en voceras\*\* de cuestiones o de críticas relativas al gobierno o sus políticas.<sup>101</sup> En otros países, por el contrario, las ONGs se encuentran entre los más fuertes críticos o voceros de discusión del gobierno. Muchos países permiten que las ONGs apoyen o se opongan a ciertos candidatos a desempeñar cargos de nombramiento o de elección popular.<sup>102</sup> Otros no lo permiten. Algunos países prohíben a ciertos tipos de ONGs de actuar como grupos de presión ante el gobierno. Y es concebible que a ninguna fundación constituida mediante la afectación de patrimonio especial le sea dado presionar al gobierno o que sólo pudiera hacerlo si revelare cuántos fondos recibe del gobierno. Bajo las normas en vigor en algunos países, las ONGs pueden ser voceros en cuestiones de interés público; pero sólo respecto de los temas en los cuales tienen experiencia o conocimientos especializados, y bajo la condición de que su vocería sea racional.

El tema de las actividades políticas levanta muchos puntos sensibles. Las perspectivas y las prácticas difieren ampliamente a este respecto. Algunas normas, tales como varias de las expuestas anteriormente, son de alta complejidad y confieren a la burocracia gubernamental discreción para determinar cuándo son permisibles las actividades políticas de las ONGs y cuándo no lo son. Por otra parte, normas que prohibiesen toda actividad política a las ONGs reducirían dramáticamente la extensión y la sofisticación del debate público sobre asuntos importantes. En muchas sociedades las ONGs son la única voz en favor de los pobres, las minorías o los grupos más vulnerables. Estos son precisamente los grupos que resultan o pueden resultar más afectados, de manera positiva o negativa, por el desarrollo. El desarrollo focalizado en el alivio de la pobreza y en la sostenibilidad exige que los gobiernos adopten prácticas y políticas que estimulen la responsabilidad (accountability), la transparencia, los procesos participativos de toma de decisiones y la integridad, por cuanto la experiencia ha

indicado que la gobernabilidad y las buenas prácticas de gobierno (good governance) son esenciales para un desarrollo sólido.

Todo esto quiere decir, cuando menos, que las ONGs independientes que representan grupos afectados por el proceso de desarrollo (tales como los pobres, las mujeres o las minorías étnicas) deberían poder participar en los procesos de selección, diseño y aplicación de los proyectos de desarrollo. De no ser así, no habrá el tipo de participación que años de experiencia han enseñado al Banco Mundial que es indispensable para un desarrollo exitoso.<sup>103</sup> Es difícil imaginar que las ONGs pueden participar en el desarrollo, en calidad de voceros independientes de grupos afectados por él, a menos que existan leyes firmes que les permitan constituirse fácilmente y que protejan su derecho a dedicarse en gran medida a la investigación, la educación y la vocería o representación, aún en aquellos casos en que esto signifique crítica u oposición a las políticas o a las acciones gubernamentales. Es también difícil imaginar un entorno legal en el cual las ONGs puedan participar plenamente en la selección, el diseño y la aplicación de proyectos de desarrollo que no les permita al mismo tiempo amplia libertad para criticar otras políticas o acciones del gobierno.<sup>104</sup>

Una regla subsidiaria merece atención. Ha habido casos en los cuales las agencias del gobierno han utilizado las ONGs para presentar o defender sus intereses ante los congresos o los parlamentos. Este subterfugio no es recomendable. Del otro lado, no es menos cierto que no debería excluirse a las ONGs de la realización de actividades de educación o de articulación de posiciones dirigidas a su gobierno por el solo hecho de que reciban transferencias o contratos de agencias gubernamentales para realización de ciertos programas del gobierno. Aunque los gobiernos deberían tener sus propias reglas internas o de conducta para restringir la financiación que sus entidades dan a las ONGs con el propósito de que presionen otras ramas del mismo gobierno, las ONGs que hubieren celebrado contratos con el gobierno o reciban transferencias de éste deberían estar en capacidad de realizar programas educativos o de articulación de posiciones ofrecidos al gobierno, siempre y cuando respondan separadamente por el contrato o por los recursos recibidos en transferencias del gobierno.

En todas las democracias, la composición de las corporaciones de elección popular es crucial para la definición de las políticas. En consecuencia, en las democracias una ONG no debería estar impedida de expresar su apoyo o respaldo a candidatos en los campos pertinentes a la misión o el objeto para los cuales fue constituida.<sup>105</sup> Toda separación de esta pauta privaría a los electores del acceso a información e investigación esenciales y relevantes para sus opciones. Por ejemplo, en muchas democracias las ONGs llevan una tarjeta de registro ("scoreboard") de las posiciones adoptadas y de los votos emitidos por los candidatos o por candidatos potenciales a ocupar cargo público. Así, una organización para la protección del medio ambiente podría publicar una tabla donde se mostrara la medida en la cual ciertos candidatos para un cargo apoyaron políticas consideradas importantes por ella para la protección del ambiente o se opusieron a tales políticas. Aunque tal información sólo representa la opinión de esa organización ambientalista, para muchos de sus miembros y para miembros del público en general dicha información podría llegar a ser muy influyente en la determinación de por quién votar en unas elecciones. Si no se permitiera que las ONGs se comprometieran con tales actividades, los electores individuales estarían privados de importantes fuentes de investigación e información pertinentes para el ejercicio ciudadano de la inteligencia.<sup>106</sup>



## Capítulo H. Financiación

Discusión. La financiación es tal vez, después de la constitución, la cuestión más sensible para las ONGs en todo el mundo. Las ONGs tienen una vida precaria cuando no existe una práctica vigorosa de contribuciones de caridad. Algunas celebran contratos o reciben recursos del presupuesto estatal. (El problema de las GONGOs se discute bajo la Sección 37). Otras son apoyadas por donantes externos, entre los cuales se incluyen donantes bilaterales y multilaterales y fundaciones privadas.

Un sector cívico robusto, vibrante e independiente no es viable en el largo plazo si las ONGs siguen dependiendo de la financiación externa o de sus propios gobiernos. Las utilidades derivadas de actividades comerciales son una fuente muy importante de financiación de las ONGs en muchos países. Las cuestiones relativas a las actividades económicas y a su tributación se tratan en las Secciones 19 y 32 y en el Apéndice I. Sin embargo, se necesita, adicionalmente, de la financiación de la base o arraigada en las comunidades. Grandes esfuerzos se están haciendo en todos los países del mundo para desarrollar este tipo de apoyo financiero.<sup>107</sup> Las fundaciones que se han destacado por su apoyo internacional al desarrollo de la sociedad civil, como la Fundación Ford, la Fundación Charles Stewart Mott y el Fondo de los Hermanos Rockefeller, han erigido la sostenibilidad en elemento crítico de su apoyo. En pocas palabras, es evidente que se necesita intensificar esfuerzos para desarrollar una amplia participación ciudadana en la financiación de las ONGs alrededor del mundo.

Otra fuente de financiación que debe ser estimulada es la de las fundaciones de empresas o de corporaciones privadas. En la medida en que se permita que las personas jurídicas constituyan ONGs (véase la Sección 3-d), las empresas privadas que deseen demostrar su compromiso con la comunidad en la que trabajan pueden establecer una fundación corporativa para financiar causas dignas de su apoyo. Aún en caso de que todo lo que aporte una empresa a su fundación sólo alcanza un dos o un tres por ciento de sus utilidades netas, estos porcentajes pueden representar sumas considerables de dinero cuando se trata de grandes empresas. En sociedades más maduras, las fundaciones de empresas han desempeñado importante papel en la financiación de las ONGs de origen doméstico.

De hecho, una fuerte asociación entre empresas y sociedad civil puede beneficiar ambas partes. Las ONGs pueden obtener apoyo en dinero y en especie para sus buenos trabajos. Las empresas pueden recibir reconocimientos por ser “buenos ciudadanos”, no meras máquinas de hacer dinero – lo cual es consideración importante para cualquier empresa que pretende tener una presencia prolongada y exitosa en un país determinado.

Otra manera en la cual las empresas y las ONGs pueden cooperar es mediante el patrocinio (“sponsorship”). Si una empresa apoya una ONG (v.gr., un equipo de fútbol) con el fin primordial de ganar reconocimiento dentro de la comunidad (v.gr., un “Campeonato Reebok”), es pertinente clasificar esta actividad como publicidad y no como filantropía. La mayoría de los países adoptan límites amplios para los gastos de publicidad y reconocen los gastos de patrocinio como expensas necesarias que pueden ser deducidas en el cálculo del impuesto sobre la renta de una empresa; ello hace innecesaria o redundante una norma tributaria especial para esta modalidad de financiación de ONGs.

## **Sección 22: Recaudación de donaciones - limitaciones, patrones, mecanismos\*\***

*(a) Debería prohibirse a las ONGs que hicieran presentaciones equivocadas o engañosas\*\*\* en relación con la solicitud de fondos. Toda ONG debería estar obligada a divulgar, en relación con su financiación, la medida en la cual sus fondos son utilizados para sufragar los costos directos e indirectos de las campañas de financiación. La licencia es mecanismo apropiado para consecución de fondos entre el público.*

Discusión. No debería permitirse que las ONGs solicitaran financiación mediante el uso del nombre de otra entidad o valiéndose de presentación distorsionada de los propósitos para los cuales se utilizarán los fondos. Si se paga una suma por concepto de precio u honorarios a una organización profesional de recaudación de fondos, tal suma debería ser revelada. Es pertinente exigir una licencia antes de autorizar la solicitud de donaciones en lugares públicos.<sup>108</sup> Los solicitantes de donaciones que hacen campañas puerta a puerta deberían tener la obligación de exhibir la licencia o el permiso; y las solicitudes a través del correo sólo deberían ser permitidas cuando se hubiere otorgado licencia previa. El fin de todas estas exigencias es, por supuesto, proteger al público de fraude o distorsión en la presentación.<sup>109</sup> ONGs inescrupulosas pueden sacar indebido provecho del público mediante millones de formas, lo cual hace de ésta un área propicia para la autorregulación dirigida a proteger la imagen y el buen nombre de las ONGs, como también para la protección del público. Véase la Sección 40.

Algunos países han impuesto una regulación estricta sobre la suma o el porcentaje de fondos que una ONG puede destinar a los gastos de administración, a los gastos generales o a la recaudación de fondos – por ejemplo, 20%. Casi sin excepción, estas reglas no producen el resultado deseado. En primer lugar, la proporción de los gastos necesarios para el funcionamiento de una ONG varía ampliamente. Una ONG que maneja proyectos de desarrollo agrícola en el campo puede incurrir en costos muy bajos de administración central y en gastos generales; pero una ONG constituida primordialmente para realizar investigación y educación puede necesitar de gastos muy substanciales por estos conceptos. Reglas rígidas y mecánicas no son idóneas frente a la enorme diversidad existente entre ONGs y llevan a muchas de ellas a desarrollar pautas “imaginativas” de contabilidad para acomodar sus costos a la regulación vigente.

En este punto, como en otros, es de gran conveniencia exigir información pública y dejar que el público decida si quiere o no apoyar una ONG que tiene altos costos de administración o de recaudación de fondos. Como es evidente, lo primero es adoptar patrones generalmente aceptados de contabilidad de costos, de manera que puedan hacerse fundamentadas comparaciones entre las organizaciones. Muchos países que no han adoptado aún principios de contabilidad para ONGs deberían atribuir prioridad a esta necesidad. El siguiente paso consiste en obligar a que se haga pública la información sobre ciertos rubros claves, como lo son los salarios del personal mejor remunerado y el porcentaje de ingresos destinado a gastos generales y recaudación de fondos. Una sana práctica consiste en exigir que las ONGs transmitan esa información a los donantes actuales o potenciales cuando soliciten donaciones del público. Este es, otra vez, un área propicia para la autorregulación. Véase la Sección 40.

*(b) Las loterías, los bingos, las subastas y otras actividades ocasionales enderezadas primordialmente a la consecución de fondos para una ONG son una forma de recaudar fondos*

*y no deberían ser consideradas como actividades económicas o comerciales. Véase la Sección 20.*

Discusión. Actividades de este tipo son ocasionales y se las presenta y anuncia como actividades de recaudación de fondos. Por esta razón, no deberían recibir tratamiento de actividades económicas.

## Capítulo I. Informes

Discusión. Muchos sistemas jurídicos exigen sólo mínimos informes; pero conceden amplia discreción a una o más agencias gubernamentales para que definan si una ONG puede constituirse como persona jurídica o debe ser terminada. Algunas leyes confieren a las agencias gubernamentales vastas facultades discrecionales para determinar qué actividades pueden ser realizadas por una ONG, qué fondos puede buscar o aceptar, y así sucesivamente. En una sociedad moderna no es factible regular las ONGs de esta manera y alcanzar a la vez los beneficios de tener un sector de ONGs. (Véase el Capítulo A-2, más arriba.) Si hubiere numerosas ONGs, como debe haberlas para que la sociedad alcance los frutos de tener un sector de ONGs vigoroso e independiente, la carga burocrática sería apabullante.

Algunos países ejercen poca o ninguna supervisión sobre ONGs una vez éstas han sido constituidas. Esta no es sana práctica. El fraude y el abuso son posibles, en el sector de las ONGs como en cualesquiera otro sector, y la vigilancia es necesaria para prevenir o reducir al mínimo las violaciones de la ley. Como ha dicho el Comisionado en Jefe para las Entidades de Caridad de Inglaterra y Gales (Chief Commissioner of England and Wales), “debemos ser escépticos con respecto al argumento de aureola. No todas las entidades de caridad son buenas. Muchas de ellas son frecuentemente ineptas o ineficientes, carecen de profesionalismo y en algunos casos son corruptas.”<sup>110</sup> La facilidad para constituir ONGs debe equilibrarse fundamentalmente con exigencias de transparencia y rendición de cuentas ('accountability'). En reciprocidad por la protección de las leyes que facilitan su creación como persona jurídica, una ONG debidamente aprobada debería aceptar las exigencias de información y los mecanismos de aplicación coactiva de estas exigencias que sean adecuados y proporcionales a los intereses legítimos que el público pueda tener en las operaciones y las actividades de la ONG. (Véase más abajo).

Varios tipos de informes constituyen las herramientas fundamentales para alcanzar la rendición de cuentas y la transparencia. Algunos de estos informes están dirigidos exclusivamente al gobierno; otros están abiertos al público en general. Sería deseable que un solo y sencillo formato de información pudiera aplicarse a todas las ONGs y a todas y cada una de las actividades de éstas. Desafortunadamente, las actividades de las ONGs son muy numerosas y diversas y los intereses legítimos del gobierno y del público son asimismo muy variados para que un solo tipo de informe los refleje adecuadamente. Sin embargo, los informes deberían, en la medida de lo posible, ser tan sencillos como completos y tan uniformes de una agencia a otra cuanto sea posible. Deberían aplicarse, desde luego, sanciones a quienes omitan presentar informes, a quienes los presenten extemporáneamente o a quienes presenten informaciones falsas.<sup>111</sup> Por último, cualesquiera sean los informes exigidos a las ONGs, no deberían ser más onerosos que las exigencias de informes comparables que se imponen a otras entidades, tales como las compañías con ánimo de lucro.

Es propio que las obligaciones de presentar informes sean menos gravosas para las MBOs que para las PBOs y que las organizaciones pequeñas puedan presentar informes simplificados o sean eximidas por completo. De manera más general, la naturaleza y la extensión de las exigencias de informes deberían ser adecuadas y proporcionales a los legítimos intereses que el público pueda tener en las operaciones y en las actividades de una ONG en particular.<sup>112</sup> Por ejemplo, puede ser adecuado que una MBO que no desarrolle

actividades que afecten el interés público presente solamente un informe anual en el cual de cuenta de las actividades mínimas requeridas para mantener su existencia como persona jurídica (v.gr., que se han llevado a cabo las reuniones anuales de su junta directiva). Por otra parte, puede ser pertinente requerir detallados informes financieros y operacionales de una PBO grande que se beneficia de alicientes tributarios, transferencias gubernamentales o donaciones del público en montos significativos.

Además, no es suficiente que el gobierno exija varios informes, según se sugiere más adelante. Los informes de las ONGs debidamente aprobadas deberían ser cuidadosamente examinados. Las cuestiones importantes que surjan de estos exámenes, o de quejas de miembros de la organización o del público en general, deberían seguirse mediante preguntas telefónicas o por correo, o aún mediante inspecciones y auditorías *in situ* cuando el caso lo aconsejare. En síntesis, para prevenir desviaciones y abusos, las leyes de las ONGs deben ser aplicadas en forma justa y atenta, de la misma manera que deben ser bien concebidas y redactadas.

Desde luego, siempre existe el peligro de que el gobierno dicte excesivas normas o que se valga de las exigencias de presentar informes o someterse a auditorías para perseguir ONGs que son críticas del gobierno o que por alguna otra manera no gozan de sus simpatías.<sup>113</sup> No existe ninguna garantía suficiente contra el riesgo de abuso oficial; de manera que este abuso se presenta, en mayor o menor medida, en todas las sociedades. Una de las razones más importantes para demandar que cada país tenga leyes estrictas para la Administración que permitan que las acciones del gobierno sean recurridas ante los jueces, y que jueces independientes resuelvan estos recursos, es corregir el abuso gubernamental y prevenir abusos futuros. Véase la Sección 2-b, más arriba.

Es asimismo importante subrayar que la información sobre las ONGs y sobre las normas que las rigen deberían ser de conocimiento público y estar al acceso de cualesquier persona. Muchos gobiernos buscan recibir información pero se resisten a hacerla pública. Por supuesto que es esencial proteger la información verdaderamente confidencial y mantener su reserva; pero la ciudadanía tiene derecho a conocer información básica sobre las ONGs. En este sentido, es mucho más importante hacer asequible al público la información sobre las PBOs que sobre las MBOs. Las actividades de las PBOs –como las actividades de interés público de las MBOs– afectan el interés público, y la ciudadanía tiene causa legítima para conocerlas. De manera particular, toda la sociedad tiene derecho a una elevada transparencia y rendición de cuentas (accountability) en los casos en que se han conferido significativos privilegios tributarios a las PBOs, o cuando éstas han recibido aportes o celebrado contratos con el gobierno, o han sido apoyadas por contribuciones del público.

Además, el gobierno tiene interés en insistir en el acceso público a los informes básicos de las PBOs y de las actividades de interés público de las MBOs. Cuando la información es conocida por el público, con frecuencia las personas interesadas la examinan cuidadosamente y detectan actividades u operaciones indebidas que escapan al ojo de los burócratas, quienes ordinariamente no tienen tiempo ni recursos adecuados para vigilar las ONGs. El hecho de hacer pública la información básica estimula la autorregulación por las mismas ONGs y habilita a cada ciudadano para contribuir en el seguimiento y la supervisión que se requieren para traer a la luz pública las infracciones o los abusos. El hecho de hacer pública la información básica puede también profundizar el conocimiento del conjunto de la sociedad sobre la contribución del sector de las ONGs al civismo y al desarrollo nacional.

### **Sección 23: Informes y control internos, auditoría independiente**

(a) *La instancia o corporación de más alto nivel de dirección dentro de una ONG (la asamblea de miembros o la junta directiva) debería estar obligada a recibir y aprobar las finanzas y las operaciones de una ONG.*

(b) *Algunos de los órganos de las ONGs (v.gr., un comité de auditoría de la junta directiva) deberían estar obligados a inspeccionar los libros y archivos de la organización y cada miembro de una organización de membresía debería tener el derecho a ello.*

Discusión. Muchos de los países de derecho civil exigen que las ONGs tengan una comisión de auditoría interna o de cuentas (como órgano independiente de la junta directiva aunque sus miembros pueden ser tomados de la junta), que sea responsable de realizar auditorías anuales o auditorías especiales de las finanzas y las operaciones de las ONGs para asegurar el cumplimiento de los estándares éticos y legales y de las políticas adoptadas por la junta.

(c) *Los estados financieros de una ONG que posea bienes o que desarrolle actividades de envergadura deberían quedar sujetos a la auditoría de un contador certificado externo a la organización.\*\**

Discusión. La ley puede especificar o no el nivel de actividades o de patrimonio que merece la exigencia de una auditoría por parte de un contador independiente. Como costumbre sana, los miembros de la junta directiva deberían admitir que la mayor parte de ellos no tiene el tiempo ni la competencia para analizar los estados financieros de una ONG que ha alcanzado tamaño considerable. Entre más pronto pueda la organización contratar los servicios de un auditor externo que desempeñe esta tarea para beneficio de la junta, tanto mejor. Además, las ONGs encuentran rápidamente que los financiadores responsables exigen auditorías financieras independientes de los libros de una organización antes de concederle fondos. Por último, es corriente pedir estados financieros debidamente auditados a las ONGs que reciben beneficios tributarios significativos o celebran contratos con el gobierno.

### **Sección 24: Informes obligatorios y auditoría por un organismo de supervisión**

(a) *Toda ONG formalmente constituida que realice actividades que afecten substancialmente el interés público debería quedar obligada a someter informes anuales razonablemente detallados sobre sus finanzas y operaciones, ante la agencia responsable de la supervisión general de las ONGs. En ciertas situaciones especiales se pueden exigir informes más frecuentes.*

Discusión. Es menester que las leyes o los reglamentos aplicables a las ONGs señalen claramente las organizaciones que deben someter información. Por debajo de ciertos niveles de actividad, no hay razón para exigir informes. El nivel que lleva a exigir la presentación de informes debe ser determinado por los legisladores de cada país a la luz de las tradiciones y de las circunstancias domésticas.<sup>114</sup>

(b) *Toda exigencia de informes debería incluir provisiones que protejan los intereses legítimos de privacidad de donantes y de beneficiarios al igual que la información confidencial.*

Discusión. Hay considerable variación de país a país en lo que respeta a las leyes que protegen la privacidad de los individuos. Las normas que imponen obligaciones de información a las ONGs deben evidentemente estar en conformidad con las leyes de respeto a la privacidad, si las hubiere, en el país en cuestión. Además, es pertinente que las normas que establecen las exigencias de información a las ONGs incorporen principios que protejan la privacidad individual y toda información confidencial del conocimiento público.

De acuerdo con lo discutido anteriormente bajo la Sección 17, existen sin embargo ciertos tipos de información personal respecto de los cuales podría exigirse la publicidad con el fin de prevenir abusos. Así, debería ser obligatorio informar públicamente los salarios de los individuos mejor pagados de una ONG con el fin de establecer si ciertas organizaciones están pagando salarios desproporcionadamente elevados a funcionarios claves, y de permitir que las pautas corrientes en el lugar determinen si se trata o no de salarios adecuados. También, debería obligarse la revelación de las sumas pagadas o prestadas a miembros de la familia de los directivos o los funcionarios de una ONG con el propósito de prevenir los conflictos de interés y las actuaciones en provecho propio, y de permitir que las prácticas usuales en el lugar determinen cuándo y bajo qué circunstancias estas actividades son adecuadas.

*(c) La agencia supervisora debería tener el derecho a examinar los libros, archivos y actividades de una ONG durante el horario normal de las oficinas.*

Discusión. Deberían existir mecanismos de protección para impedir que la agencia responsable de la supervisión se valga del pretexto de una auditoría de una ONG para extraer información sobre una o más personas.<sup>115</sup> Además, tan pronto como los investigadores creen que puede haberse dado una conducta criminal, deberían estar obligados a notificar a quienes son el objeto de la investigación que ella ha adquirido tonalidades criminales, de manera que la persona investigada pueda tomar medidas idóneas para proteger sus intereses.

*(d) Debería permitirse que las ONGs de pequeño tamaño presentasen informes simplificados.*

Discusión. La determinación de cuál es el nivel de información adecuado para cada tamaño y cada tipo de actividades de las ONGs es materia compleja que depende esencialmente de los hechos y las circunstancias particulares de cada país. El Apéndice III presenta, como ejemplo de un enfoque, una descripción del régimen de información desarrollado en Inglaterra y Gales por la Comisión para Entidades de Caridad (Charity Commission), el cual establece niveles diferentes de información en función del tamaño de la organización de caridad.

*(e) Todas las ONGs deberían quedar sujetas a auditorías aleatorias o selectivas por parte de la agencia supervisora y las ONGs muy grandes deberían ser auditadas anualmente.*

Discusión. Este acápite pone en evidencia las más graves deficiencias del gobierno. Es relativamente fácil aprobar y promulgar leyes; es muy difícil y constituye un desafío administrarlas y aplicarlas de manera justa y eficaz. La mayoría de los países han asignado insuficientes recursos para asegurar la aplicación efectiva de las exigencias legales impuestas a las ONGs. Con excesiva frecuencia, el surgimiento de problemas, tales como los abusos tributarios por parte de organizaciones cívicas, lleva a la tentación de cambiar la ley. Por ejemplo, los gobiernos de Bulgaria y de Ucrania revocaron las exenciones tributarias

conferidas a todas las ONGs cuando descubrieron que algunas de las organizaciones cívicas habían abusado de sus privilegios tributarios. Lo que se necesita ordinariamente no es más leyes ni distintas leyes, sino mejores mecanismos de aplicación efectiva o coactiva de las leyes vigentes.

*(f) Las MBOs pueden ordinariamente quedar exentas de las obligaciones de someter informes o estar sujetas solamente a rendir informes simplificados, salvo en los casos en los cuales cumplan con actividades significativas de interés público.*

Discusión. Se sostiene generalmente, en los países de derecho civil, que no es necesario que las organizaciones de membresía (llamadas asociaciones) presenten informes por cuanto los negocios de la organización son adecuadamente vigilados por sus miembros. Ciertamente, es verdad que la instancia directiva superior de una organización de membresía es la asamblea de sus miembros; pero concluir de este hecho que no se requiere rendición pública de cuentas (public accountability) es tan infundado como argüir que las fundaciones no necesitan presentar informes por cuanto la junta directiva, la instancia más alta de dirección en el caso de las fundaciones, tiene el deber de supervisar las actividades de las organizaciones.

La experiencia indica que con frecuencia los miembros no cumplen bien su tarea de vigilar los negocios de las organizaciones de membresía.<sup>116</sup> Esta deficiencia puede no ser de grandes consecuencias cuando la organización no está involucrada en actividades que afectan el interés público; pero por ello se diferencia justamente entre las organizaciones de membresía y las que no lo son, por una parte, y entre MBOs y PBOs, por otra. Véase las Secciones 1-b y 1-c anteriores. Una organización de membresía puede ser una MBO o una PBO y una PBO puede ser constituida o no como organización de membresía. Además, de la misma manera que una PBO puede servir también para algunos intereses de sus miembros, una organización de membresía puede realizar actividades significativas en beneficio público. Las exigencias de información deberían ser más rigurosas cuando está de por medio el interés público. Adicionalmente, el público tiene legítimo interés en garantizar que los miembros de una MBO de membresía no son abusados por los funcionarios de aquélla.

En vista de estas consideraciones, y con el propósito de no imponer exigencias de información gravosas o carentes de sentido, es aconsejable tener patrones distintos de informes obligatorios para tres grupos de ONGs: (i) pequeñas MBOs y PBOs, (ii) grandes MBOs que no realizan actividades significativas de interés público, y (iii) grandes PBOs y MBOs que sí tienen actividades significativas de interés público.<sup>117</sup> Las organizaciones del grupo (i) podrían estar exentas de someter informes; las del grupo (ii) deberían estar obligadas a presentar y dar publicidad a la información esencial para que los miembros de cada MBO vigilen adecuadamente la manera como se maneja la organización; y las organizaciones del grupo (iii) deberían estar obligadas a presentar informes detallados.

A continuación se elabora sobre la sugerencia hecha para cada uno de los grupos. El propósito de eximir las ONGs pequeñas es eliminar las exigencias engorrosas de información que podrían desanimar las organizaciones nuevas y pequeñas. En la medida en que las actividades y los bienes de una organización sean modestos, su capacidad para producir un efecto negativo o dañino a otro es también limitada. La pregunta de cuál es el nivel de actividades y de patrimonio que se considera demasiado pequeño para exigir la presentación

de informes sólo puede responderse adecuadamente en función del contexto particular de cada país.

Aunque una organización no reciba directa o indirectamente dinero del Estado o del público, bien puede realizar actividades que afecten el interés público. Por ejemplo, un club de jardinería puede optar por replantar las flores de un parque público. Y si bien un Estado confrontado por la escasez de recursos para el mantenimiento de los parques públicos podría aceptar agradecidamente esta oferta de apoyo, la entidad responsable de los parques y, en última instancia, el público, están en el derecho de saber exactamente qué tipo de flores tiene en mente el club de jardinería. En otro ejemplo, una asociación de doctores o enfermeras puede optar por ofrecer asistencia médica gratuita a las personas sin hogar; pero el Estado tiene el derecho de establecer mecanismos y procedimientos destinados a garantizar que el interés público es protegido, es decir: que las personas sin hogar reciben cuidados adecuados de parte de profesionales idóneamente preparados, bajo condiciones aptas y en instalaciones adecuadas.

Es usual que se exija permiso o licencia previos a la persona o al grupo de personas que desean emprender actividades que toquen con el interés público. Si la organización aspira a emprender cierta actividad que afecta la sociedad de manera permanente o continua, es corriente que tenga que presentar informes anuales y quedar sujeta a inspecciones periódicas. Por ejemplo, un refugio para animales abandonados o víctimas de abusos debe ordinariamente obtener licencia y sujetarse a presentar informes y recibir inspecciones anuales. Cuando un grupo decide que no sólo se va a establecer formalmente como ONG sino que realizará de manera exclusiva o principal actividades que afectan el interés público, es pertinente exigirle que presente informes anuales, no sólo sobre actividades específicas sino sobre todas sus actividades. Puede ser que ese grupo continúe sujeto a la jurisdicción de un Ministerio en particular (v.gr., el Ministerio de Salud, en el caso de clínicas para personas sin hogar); pero caerá ahora bajo las exigencias generales de información y supervisión del organismo órgano estatal responsable de las ONGs. De la misma manera, grandes MBOs que realizan actividades que afectan de modo significativo el interés público, de manera continua o permanente, posiblemente deberían también caer bajo las exigencias ordinarias de rendición de informes impuestas a las PBOs.

No es fácil traducir los anteriores principios a reglas claras de información obligatoria, pero esta tarea se facilita cuando se tienen en cuenta esos principios. Por último, se justifica insistir en que el organismo estatal responsable debería reservar la mayor parte de sus recursos de auditoría, investigación y vigilancia en el grupo (iii), de grandes PBOs y grandes MBOs que realizan actividades que afectan de modo significativo el interés público.

### **Sección 25: Informes obligatorios y auditoría por la administración tributaria**

*(a) Es indicado presentar informes separados a las autoridades tributarias; pero deberían hacerse esfuerzos para que estos informes sean tan consistentes cuanto sea posible con los informes financieros presentados ante la agencia que realiza la supervisión general de las ONGs.*

Discusión. Las obligaciones de presentar información que se imponen a las ONGs no deberían ser más onerosas que las impuestas a las sociedades comerciales; de hecho, pueden con frecuencia ser menos onerosas que éstas.<sup>118</sup> El problema principal en la mayor

parte de los países en desarrollo no es que las cargas de declaración e informes tributarios sean excesivamente engorrosas, sino que las administraciones de impuestos no aplican efectivamente las leyes tributarias aplicables a las ONGs y ello se debe frecuentemente a la falta de recursos suficientes.<sup>119</sup>

*(b) Es generalmente impropio que las administraciones de impuestos examinen aspectos de una ONG que no están directamente relacionados con la tributación (entre los cuales se incluye la verificación del cumplimiento con los requisitos para la exención tributaria).*

*(c) Las pequeñas ONGs deberían estar exentas de la obligación de presentar informes para fines tributarios o debería permitírseles presentar informes simplificados.*

Discusión. Todas las PBOs, con la sola excepción de las más pequeñas, deberían estar obligadas a someter informes tributarios por cuanto esta información será herramienta básica para que el órgano competente vigile los beneficios tributarios que recibe la organización. Tal información permite también que una agencia estatal especializada en asuntos financieros y con los medios suficientes verifique lo que se ha hecho con los dineros recibido directamente del Estado o del público.

No debería otorgarse exención general de presentación de declaraciones o informes tributarios a las MBOs que no realicen actividades que afectan significativamente al público. Aun cuando una MBO no reciba beneficios directos o indirectos del Estado o del público, podría estar involucrada en actividades económicas sujetas a tributación.

Con relación a los auditores de impuestos que van más allá de los propósitos de su auditoría, lo usual es que existan acuerdos para compartir la información entre las varias dependencias del gobierno. Por ejemplo, sería ordinariamente indebido que las autoridades tributarias compartieran información específica sobre los impuestos de una persona natural o de una persona jurídica con otros órganos del Estado. Sin embargo, si en el curso de una auditoría de una ONG, el auditor descubre información que indica que ha habido una violación de las leyes laborales, es pertinente que la administración de impuestos informe al Ministerio del Trabajo de la posible violación. No obstante, debería ser siempre indebido que las autoridades tributarias se valgan de la excusa de una auditoría fiscal para llevar a cabo un examen o una evaluación general de una ONG o de sus actividades.

## **Sección 26: Informes obligatorios y auditoría por agencias que otorgan licencias**

*(a) Toda ONG que realice una actividad sujeta a licenciamiento o control regulatorio por parte de una agencia estatal debería estar obligada a presentar los mismos informes que deben presentar ante esa agencia las personas naturales o las entidades con ánimo de lucro.*

*(b) Una agencia competente para el otorgamiento de licencias debería tener el derecho a auditar e inspeccionar las ONGs para verificar que cumplen con los requisitos aplicables al licenciamiento o la regulación; pero no debería examinar o supervisar otros aspectos de las ONGs.*

Discusión. Una agencia responsable de conceder licencia puede tener que ver con una ONG en relación con una sola de sus actividades (v.gr., un permiso para realizar un desfile en una calle principal) o en relación con una actividad continua o permanente (v.gr., el manejo de

una clínica médica para personas sin hogar). La naturaleza de la relación de la organización con la agencia que otorga la licencia, y por ende el alcance de la información y de la publicidad de ésta, variará en función de la duración y de la importancia de la actividad.

**Sección 27: Informes a los donantes.** *Quienes hagan donaciones substanciales a una ONG deberían estar en posición de acordar con ella la revelación de la información necesaria para que el donante evalúe la adecuación de la ONG para recibir donaciones y el uso o los usos que hace de las donaciones en general o de la donación de ese donante particular.*

Discusión. Esta es materia de prácticas sanas y no debería considerarse como criterio para la expedición de una norma legal. Por regla general, debería dejarse a cada donante la decisión de cuál información, y en qué cantidad, necesita de una ONG; e incluso la decisión sobre ejercer o no su derecho a realizar una auditoría.<sup>120</sup> Cuando se concede una donación substancial, el contrato de donación debería especificar cuáles informes y cuáles cuentas deben rendirse. Todo donante puede protegerse mediante la inclusión de las condiciones contractuales pertinentes. Como es evidente, los jueces deberían garantizar el cumplimiento de tales contratos.

**Sección 28: Publicidad de la información.** *Toda ONG que desarrolle actividades que afecten el interés público debería tener la obligación de publicar o de ofrecer al público un informe de sus finanzas y operaciones generales. Este informe puede ser menos detallado que los informes que se someten a la agencia de supervisión general de la ONG, a las autoridades tributarias o, cuando fuere el caso, a la instancia de licenciamiento o regulación. Este mismo informe debería permitir que se mantuviera el anonimato de los donantes y los beneficiarios como también la protección de la información confidencial.*

Discusión. El público en general tiene un interés legítimo en las actividades de las PBOs y de las MBOs que realizan actividades de interés público de envergadura. Además, los miembros del público o de los medios de comunicación que tuvieren interés están con frecuencia en mejor posición para detectar y divulgar manejos indebidos que las sobrecargadas agencias reguladoras del gobierno.<sup>121</sup> Debería subrayarse que lo que está en juego en esta materia no es sólo la integridad financiera de la organización. La adecuada revelación puede también ser de gran ayuda para brindar al público una base de conocimiento para determinar si una ONG de vocería o representación escucha realmente al grupo que pretende representar y beneficiar, si habla por él y la medida en que efectivamente lo hace, y si cuenta con una base sólida de investigación y experiencia para respaldar sus tesis y demandas. Todo esto supone que la ciudadanía y los medios de comunicación tienen acceso a información confiable y adecuada sobre las ONGs. Como lo ha dicho un destacado agente regulador de Australia, “la mejor regulación se consigue mediante la apertura de las bases de datos y la libertad de prensa.”<sup>122</sup>

Las normas especiales que se adopten en aplicación de este principio no deberían exigir grandes gastos o gastos innecesarios para que las PBOs divulguen al público sus informes. Para ciertos sistemas jurídicos basta con una publicación anual en un periódico o revista de aquellos que se utilizan ordinariamente para publicar noticias de índole legal. Otros sistemas prescriben que se archive una copia del informe en la oficina del órgano competente, el cual lo coloca en un salón de lectura abierto al público; la ONG debe ofrecer copia a cualquier persona que la solicite sin que pueda cobrar más de la tarifa normal por fotocopias.<sup>123</sup>

Las grandes MBOs que no tengan actividades de interés público de envergadura interesan a las personas que hacen parte de ella. Por ello, según se discute en la Sección 24, es pertinente que el organismo estatal responsable especifique las clases especiales de información que deben contener los informes preparados anualmente por una MBO y que exija que esos informes se hagan asequibles. Por ejemplo, dicho organismo podría especificar los principios de contabilidad a los cuales deben ceñirse los informes financieros anuales, si se requiere o no una auditoría independiente y si deben revelarse ciertos tipos de información, tales como los salarios de los funcionarios o empleados mejor pagados, o los pagos o créditos que se efectuaren a familiares, o las ventas que involucraren funcionarios o directivos y así sucesivamente. El solo hecho de poner a disposición esta información a quienes hacen parte de una MBO les permitiría tomar acciones correctivas con lo cual se alcanzaría el propósito del sistema.

**Sección 29: Sanciones especiales.** *Además de las sanciones generales a que está expuesta una ONG en común con otras personas jurídicas (v.gr., las emanadas de contratos o de las reglas de la responsabilidad extracontractual), es propio prescribir sanciones especiales (v.gr., multas, impuestos sancionatorios, terminación involuntaria) para las infracciones peculiares de las ONGs (v.gr., actuación en provecho propio por parte de personas vinculadas a ellas o solicitud impropia para recaudar fondos).*

Discusión. Todo moderno sistema jurídico que hace de los informes sometidos por las ONGs, revisados y verificados por el gobierno, el método principal de supervisión, fundamenta muchas de las sanciones especiales a las ONGs en estos mismos informes y en la supervisión que resulta de ellos. Por ejemplo, como la junta directiva tiene la responsabilidad primordial de supervisar las actividades de una ONG, debería haber sanciones que respalden esta tarea. Las secciones 12, 13 y 14 contienen discusiones de los deberes de los directivos y de sus responsabilidades por fallas en la lealtad y en la diligencia o por actuar en situaciones de conflictos interés y así sucesivamente. Además de estas sanciones, debería considerarse la posibilidad de adoptar una norma que precipite la terminación de una ONG cuando su junta directiva o su asamblea de miembros no se reúne durante varios años o no ejerce vigilancia sobre la organización. Por supuesto que un paso tan drástico como la liquidación de una organización no debería tomarse sin notificación adecuada y sin la oportunidad para que la organización enmiende sus deficiencias; y no debería ser irreversible hasta que se hubieren agotado los recursos o el tiempo para interponerlos. Véase la Sección 9 más arriba.

Con relación a los informes que deben presentarse ante el organismo responsable, o ante la agencia de licenciamiento o las autoridades tributarias, deberían aplicarse multas por la no presentación del informe, por la presentación extemporánea o por la presentación de información falsa. Si una ONG incumpliere la presentación del informe básico anual durante un lapso de tiempo prolongado (v.gr., entre dos y tres años), el organismo competente debería iniciar procedimientos para dar por terminada la organización, observando siempre lo dicho sobre notificación y recursos administrativos y judiciales.

Según se discutió bajo la Sección 12, los terceros deberían estar en posición de demandar a una ONG por los daños que les hubiere causado y debería permitírseles demandar también a los administradores o directivos cuando, por su error u omisión, hubieren causado o contribuido al daño. Según se discute en el Apéndice I, cuando un sistema jurídico sigue la prueba del propósito principal con respecto a las actividades económicas, una ONG podría perder su condición de ONG si sus actividades principales son de carácter económico durante

un período de varios años. Debería, en todo caso, permitirse la reconstitución de tal entidad como empresa comercial. La actuación en beneficio particular o en provecho propio o la solicitud indebida de contribuciones del público son ejemplos de las reglas especiales relativas a las ONGs que podrían ser efectivamente aplicadas mediante la imposición de multas o de impuestos sancionatorios.<sup>124</sup>

## Capítulo J. Tributación

Discusión. La línea de distinción trazada en la Sección 1-b entre las organizaciones de beneficio mutuo (MBOs) y las organizaciones de beneficio público (PBOs) tiene enorme importancia en el campo de la tributación. Por definición, una PBO beneficia a la sociedad o a un cierto segmento de ella. En consecuencia, se considera ordinariamente que las PBOs merecen mayores beneficios de parte del Estado que las MBOs, puesto que estas últimas sirven primordialmente los intereses de sus miembros. Los beneficios tributarios son uno de los principales beneficios que se otorgan a las ONGs y la mayoría de los sistemas legales los conceden preferentemente, o aún exclusivamente, a las PBOs.<sup>125</sup>

La mayor parte de los sistemas jurídicos no emplean los términos de MBO y PBO como tales. Estos términos obedecen a un intento de generalizar y de colocar sobre bases teóricas más sólidas las prácticas reales, más fragmentadas, que existen en varios sistemas legales. La mayoría de las leyes de impuestos se concentra en las funciones o en los propósitos de una organización para establecer si está amparada o no por preferencias tributarias. Así, las leyes tributarias de un país particular podrían extender el privilegio de recibir contribuciones deducibles de impuestos o exenciones del impuesto sobre la propiedad únicamente a las organizaciones formadas para el propósito primordial de fomentar la educación, la salud, la ciencia, la cultura o el alivio de la pobreza. Con el transcurso de los años se pueden agregar otros propósitos a esta lista, tales como la protección de intereses de grupos minoritarios o del medio ambiente.

En la medida en que un sistema legal madura, suele suceder que los especialistas en la redacción de las leyes caen en cuenta de que un hilo común une la lista de propósitos o de actividades que ellos han elaborado con el paso de los años, y que ninguna lista logra capturar todos los tipos posibles de organizaciones que merecen apoyo y tratamiento preferencial de parte del Estado. Se vuelve entonces corriente encontrar, clavada al final de esa lista, una categoría residual tal como “o cualesquiera otra organización constituida primordialmente para el beneficio público”. El criterio unificador brota en esa categoría residual y, en cierto sentido, ella inspira la totalidad de la lista. La educación, la salud y las organizaciones científicas *que sirven el interés público* son las que merecen un privilegio tributario. Los funcionarios responsables de establecer si una organización es o no elegible para un beneficio tributario pueden entonces evaluar cada organización que aspira a un privilegio impositivo mediante el criterio más general de saber si esa organización está o no constituida primordialmente para servir el interés público. En otras palabras, es ella una PBO? Debe enfatizarse también que la selección de la agencia que define si una ONG es o no una PBO es de crucial importancia.

En el estado actual de desarrollo de las leyes tributarias de los países, las listas de propósitos o de actividades predominan sobre los principios. Y las listas varían.<sup>126</sup> Los tipos de organizaciones que califican para una exención de impuesto sobre las ventas pueden ser distintos de las organizaciones que califican para preferencias de impuestos de aduanas. Este es el resultado natural de la manera ad hoc como se desarrollan las normas de impuestos u otras normas legales. Es útil, sin embargo, considerar el paquete completo de normas tributarias que afectan las ONGs y establecer si un conjunto más consistente de reglas basadas en principios podría atravesar coherentemente todo el panorama legal. La sugerencia categórica respecto de este asunto es que la distinción entre organizaciones y actividades que son de beneficio mutuo y las que son de beneficio público o social tiene un

enorme poder analítico y puede ser utilizada para racionalizar lo que de otra manera sería un revoltijo de reglas inconsistentes.

El foco de atención de las secciones siguientes lo constituyen los beneficios tributarios especiales que podrían o deberían concederse a las ONGs o, cuando menos, a las PBOs. Merece especial atención el hecho de que, prácticamente sin excepción, los privilegios tributarios son de aceptación voluntaria y se le otorgan únicamente a organizaciones que los desean y los buscan. Virtualmente todos los sistemas requieren que se llene una solicitud especial para conseguir el derecho a uno o más beneficios tributarios. Ello significa que cualesquiera organización que prefiera operar sin o por fuera del escrutinio y de la vigilancia más estrictos que acompañan estos beneficios, puede optar por no sujetarse al proceso necesario. Como las leyes tributarias, al igual que otras leyes, pueden utilizarse impropiaemente para perseguir ONGs que no son populares, la opción de buscar o no los beneficios tributarios resulta de fundamental importancia.

Existe otro punto que merece ser subrayado. No deberían existir impuestos especiales o tarifas especiales de impuestos sobre las ONGs, salvo la posibilidad de imponer impuestos sancionatorios a los tipos de problemas especiales que ocurren en el sector cívico. Véase la Sección 29. Como lo dejan en claro las páginas introductorias de este Manual, la mayoría de las ONGs agregan algo de beneficio a la sociedad y la sociedad se beneficia enormemente de la existencia de un sector cívico fuerte, vibrante e independiente. Los intereses de la sociedad en contar con un sector cívico fuerte se verían menoscabados y frustrados por la imposición de impuestos especiales o tarifas de impuestos especiales sobre las ONGs. De hecho, en la medida en que las sociedades maduran, adoptan generalmente métodos indirectos de manejo macro de las instituciones sociales; y los beneficios fiscales han demostrado ser una herramienta poderosa para estimular el desarrollo constructivo del sector de las ONGs siempre que se eviten la discriminación, la burocracia gubernamental redundante y las distorsiones del mercado que se producen cuando existe una excesiva intervención directa del gobierno.<sup>127</sup>

***Sección 30: Exención del impuesto sobre la renta para las ONGs. Toda ONG, ya sea que esté constituida para beneficio mutuo o para beneficio público, o se trate o no de una organización de membresía, debería estar exenta del impuesto sobre la renta respecto de los dineros u otros valores que reciba de donantes o agencias gubernamentales (por virtud de transferencia o de contrato), de las cuotas o aportes de sus miembros, si los hubiere, y de los intereses, dividendos, cánones de arrendamiento, regalías o ganancias de capital obtenidas de sus activos o de la venta de ellos.***

**Discusión.** Puesto que las ONGs, tal como se las define en este Manual, excluyen la posibilidad de beneficio personal o de distribución de utilidades, existe un argumento poderoso para sostener que ellas no son propiamente objeto del impuesto sobre la renta en ningún sistema.<sup>128</sup> Los impuestos sobre el ingreso gravan las “utilidades” de las personas jurídicas porque ellas son sucedáneas de las personas naturales que las poseen o que pueden recibir distribuciones de utilidades de ellas. En países como Nueva Zelanda, que tienen los impuestos sobre el ingreso de las personas naturales y de las personas jurídicas completamente integrados, no es necesario imponer gravámenes separados sobre el ingreso a las personas jurídicas. Allí existe un impuesto único sobre el ingreso y grava una sola vez las utilidades de las empresas: en el nivel del socio y con tarifas correspondientes a las utilidades distribuidas. Las utilidades de las empresas están sujetas al impuesto; pero todos

los dividendos son “franqueados” (“franked”), esto es, el socio que recibe los dividendos sobre los cuales se ha pagado tributo tiene derecho a un crédito tributario contra sus propios impuestos por el valor de los impuestos pagados en el nivel de la empresa.

Tal y como se las define aquí, las ONGs están asentadas sobre bases enteramente diferentes. Ellas no son “poseídas” por nadie y no pueden distribuir utilidades en cuanto tales. Cualesquiera sean las utilidades que puedan obtener de actividades económicas, se las reinvierte o se las gasta en actividades propias de la carencia de ánimo de lucro. Las ONGs no son sucedáneas de los accionistas que las poseen, y puede por ello sostenerse que no deberían de ninguna manera estar sujetas a la tributación sobre la renta o sobre el ingreso. Desafortunadamente, la mayoría de los países del mundo considera que las ONGs, al igual que las entidades con ánimo de lucro, son sujetos naturales de los tributos y que la decisión de no gravarlas con impuestos es un acto de gracia o liberalidad que procede por la vía de la exención.<sup>129</sup>

Las fuentes características de ingresos de las organizaciones cívicas son las donaciones, las cuotas o contribuciones de membresía y los intereses y dividendos que producen sus inversiones. Existe consenso general de que estos rubros no deberían ser gravados. Hay, sin embargo, dos maneras diferentes de llegar a esta conclusión. Una manera consiste en asegurar que las organizaciones cívicas no sean gravadas sobre estas fuentes ordinarias de ingresos mediante la definición de que estas rentas no constituyen “ingreso” para fines tributarios. La otra manera reconoce que estas rentas sí son ingreso; pero confiere el status de exentas a las organizaciones cívicas.

La teoría impositiva generalmente aceptada define ingreso como todos los valores recibidos durante un cierto lapso de tiempo, ya sea que se los gaste o que incrementen el patrimonio neto.<sup>130</sup> De acuerdo con este enfoque, que coincide con el entendimiento común, es evidente que dividendos e intereses son generalmente tenidos como ingresos para propósitos tributarios.<sup>131</sup> En consecuencia, el punto de vista seguido aquí reconoce que todos los valores recibidos por una organización cívica, ya se trate de donaciones, de cuotas de membresía, de intereses, de dividendos o de ganancias de capital, constituyen ingreso; pero aboga por que se reconozca el status de entidades exentas a todas las organizaciones cívicas con relación a estos rubros.<sup>132</sup> Este punto de vista deja abiertas varias preguntas: deberían los donantes recibir un incentivo fiscal? Debería ser exento el ingreso de comercio o de negocios de una ONG? Cómo deberían las organizaciones cívicas ser tratadas bajo otras leyes tributarias? Las secciones siguientes se ocupan de estas preguntas.<sup>133</sup>

Una pregunta especializada merece ser tratada en este punto. Debería una donación recibida por una ONG, pero destinada específicamente a otra, ser tratada como donación a la primera ONG y como ingreso de ésta? Esta puede ser una pregunta importante para el donante por cuanto la suma podría ser deducible si se tratase de una donación a la primera entidad y no a la segunda. Por ejemplo, una donación a una organización extranjera podría no ser deducible; pero una donación a una organización doméstica podría serlo, aún en el caso en que ésta traspase la donación a la organización foránea. Algunos países, como los Estados Unidos, cuentan con reglas complejas para distinguir entre las contribuciones que han sido debidamente destinadas y transferidas a otras entidades de las que no satisfacen ciertos criterios muy técnicos.

Del lado de la ONG que recibe y transfiere la donación, existe la pregunta de si una donación destinada específicamente a otra, pero ha “transitado” por ella, debería registrarse

propriadamente como ingreso suyo, si está siendo utilizada indebidamente como mero conducto para esta transferencia y si tal vez está creando una cortina de humo que oscurece el verdadero propósito de la donación a la entidad reguladora o al público en general. Una vez más, estas cuestiones adquieren rápidamente connotaciones técnicas; pero es importante advertir su existencia y, por ende, tomarlas en cuenta dentro de un paquete de leyes completamente desarrollado.

**Sección 31: Deducciones o créditos del impuesto sobre la renta por concepto de donaciones a las ONGs.** *Las personas naturales y las personas jurídicas con ánimo de lucro deberían tener derecho, dentro de límites razonables de generosidad, a una deducción del impuesto sobre la renta o a un crédito tributario por concepto de las donaciones hechas a PBOs (pero no a MBOs). Como pauta general de política tributaria, las personas naturales sujetas a un impuesto sobre la renta de tarifa progresiva prefieren los créditos a las deducciones; pero las deducciones pueden atraer más y mayores donaciones de parte de donantes de fortuna.*

Discusión. De acuerdo con las pautas recomendadas en la sección precedente, ninguna ONG sería gravada sobre las donaciones que recibe. Si, además, el donante tiene derecho a un crédito tributario o a una deducción para fines de su impuesto personal sobre la renta o del impuesto sobre la renta a las empresas, la misma donación recibe un doble privilegio tributario: en cabeza del donante y en cabeza del donatario.<sup>134</sup> Este generoso tratamiento impositivo se considera justificado, y una sana práctica, cuando las actividades de la ONG en cuestión están destinadas al beneficio público o social; en otras palabras, cuando se trata de una PBO y no de una MBO.<sup>135</sup> Cuando esta distinción es incorporada en las leyes tributarias de un país para permitir beneficios tributarios a quienes hagan contribuciones, se crea una gran presión sobre la entidad supervisora (que se puede presumir que sea en este caso la administración de impuestos) para que clasifique las ONGs como PBOs. Según se discutió en la Sección 1-b, es con frecuencia una distinción difícil de trazar. En la experiencia real, las autoridades tributarias tienden a examinar caso por caso.

Cuestión distinta y separada surge cuando se pregunta si quien contribuya a una PBO debería recibir un crédito tributario o una deducción tributaria. Esta distinción es de grande importancia en los sistemas de impuestos con estructura tarifaria progresiva. Un crédito tributario reduce la suma del impuesto debido, generalmente peso por peso, mientras una deducción sólo reduce la suma de ingresos sobre la cual se calculará el monto del impuesto. Cuando las tarifas son progresivas, las deducciones favorecen a los contribuyentes de ingresos más altos por cuanto ellos pagan una tarifa más elevada de impuesto sobre el ingreso. Por el contrario, los créditos tributarios dan a cada contribuyente la misma preferencia impositiva por contribuciones de igual valor y, por lo tanto, corresponden mejor a la equidad perseguida por la política tributaria. Sin embargo, la mayoría de los países con estructuras tarifarias progresivas permite deducciones en vez de créditos. Esta práctica podría justificarse por datos que demuestran que las personas de bajos ingresos tienden a efectuar contribuciones de caridad sin preocuparse por el impacto de tales contribuciones sobre sus impuestos; y, de hecho, otras normas tributarias pueden excluirlos de la posibilidad de recibir alicientes fiscales por razón de contribuciones de caridad.<sup>136</sup> Del otro lado, considerable evidencia empírica indica que los contribuyentes de altos ingresos son muy sensibles a las tasas de impuestos y que la concesión de deducciones en vez de créditos tiende a atraer más y mayores donaciones por parte de donantes de fortuna.<sup>137</sup>

Otra cuestión que debe examinarse en todo esquema de tributación son los límites, si los hubiere, susceptibles de ser alcanzados por los valores de las preferencias tributarias. Por ejemplo, en Rusia las personas naturales pueden solicitar deducciones de hasta el 3% de su ingreso y las empresas están limitadas al 1%. En los Estados Unidos, en contraste, las personas naturales pueden reclamar deducciones hasta del 50% de su ingreso y en Australia no existe ningún límite. Investigaciones empíricas demuestran que muy pocas empresas contribuyen con más del 1 al 2% de su ingreso, de manera que es inocua la discusión de si deben concederse límites superiores a éste.<sup>138</sup>

Sin embargo, no puede predicarse lo mismo de las personas naturales; cuando la ley no fija límites a la deducción de contribuciones, personas de fortuna pueden donar montos equivalentes a su ingreso gravable anual, evitando el pago de la totalidad de impuesto que, de otro modo, pagarían. Es propio de las democracias que cada ciudadano con capacidad de pago soporte una cuota justa de los costos del gobierno, y no es práctica sana permitir deducciones ilimitadas. Lo que sí es adecuado es ofrecer amplios límites de deducción para los casos de contribuciones a las PBOs, por cuanto éstas son organizaciones que contribuyen con el bienestar común y alivian con frecuencia las cargas del gobierno. Las leyes de la mayor parte de los países deben ser reexaminadas a la luz de estas consideraciones.

Algunos países han desplegado actividades para distinguir entre las donaciones a las ONGs y el patrocinio de las ONGs. Rumania, por ejemplo, promulgó la Ley No. 32 de 1994 o ley “de patronato”.<sup>139</sup> De conformidad con esta ley, las personas naturales o jurídicas, rumanas o extranjeras, pueden deducir hasta el 5 por ciento de su ingreso gravable para contribuciones de patronato a las ONGs. Además, bajo las disposiciones generales de las leyes tributarias<sup>140</sup>, se puede solicitar una deducción adicional hasta por el 3 por ciento del ingreso gravable por concepto de publicidad o propaganda, con lo cual se puede llegar hasta el 8 por ciento de deducciones por contribuciones de patrocinio a las ONGs.

Es de presumir que el propósito de estas disposiciones rumanas sea conceder un estímulo adicional a las empresas que auspicien ONGs; sin embargo, el significado de patronato no es completamente claro. Se permiten deducciones de publicidad hasta el 3 por ciento del ingreso gravable, pero se puede reclamar un 5 por ciento adicional por contribuciones que constituyan “patronato” de una ONG. De otra parte, no parecen estar permitidas las deducciones por contribuciones enteramente gratuitas a una PBO. Si bien tiene sentido estimular las empresas que aumentan su publicidad mediante el patrocinio de ONGs, parecería más importante ofrecer una deducción tributaria básica a todos los individuos y empresas que contribuyen a las ONGs desinteresadamente.<sup>141</sup>

***Sección 32: Tributación de las actividades económicas. Las ONGs deberían estar en capacidad de realizar actividades económicas siempre y cuando tales actividades no constituyan el objeto o la actividad principales de la organización. Todo ingreso neto recibido por una ONG por concepto de comercio o negocio activo podría estar:***

- a) *Exento del impuesto sobre la renta;*
- b) *Sujeto al impuesto sobre la renta;*
- c) *Sujeto al impuesto sobre la renta sólo cuando el comercio o negocio no está relacionado con, ni apoya, los fines sin ánimo de lucro de la organización;*

- d) *Sujeto a reglas mecánicas que permiten que una parte modesta de las utilidades de las actividades económicas escapen a la tributación, pero imponen gravámenes sobre las sumas que exceden esos modestos límites.*

Discusión. Las consideraciones pertinentes para escoger entre estas varias medidas tributarias son complejas y técnicas. Se discuten en detalle en el Apéndice I. En este punto, basta con afirmar que cada una de esas reglas ha sido adoptada y aplicada en algún país y que el sector de las ONGs ha sido capaz de florecer bajo todas ellas. Los criterios que deben aplicarse para escoger entre tales reglas están frecuentemente estructurados por consideraciones que no tienen que ver con el sector de las ONGs en sí mismo (v.gr., un deseo de evitar competencia desigual con entidades con ánimo de lucro) o pertenecen al campo de la política tributaria en general o son consideraciones de índole práctica y administrativa.

### **Sección 33: Impuesto sobre el valor agregado (IVA) e impuestos de importación**

(a) *Las PBOs deberían recibir tratamiento preferencial dentro del impuesto al valor agregado (IVA).*\*

Discusión. Si una organización fuere excluida del sistema del impuesto al valor agregado, paga de todas maneras el IVA sobre los bienes y servicios que compra\*\* a otros por cuanto el impuesto está incorporado en el precio que debe pagar. Y como esa organización no hace parte del sistema del IVA, no puede solicitar el reembolso por el impuesto pagado. Aunque la exclusión del sistema del IVA no es deseable desde el punto de vista tributario, las pequeñas ONGs podrían, con toda razón, preferirla con el fin de aliviar los engorrosos deberes de los contribuyentes del IVA.

La situación ideal para una ONG es la de ser incluida en el sistema del IVA y pagar con una tarifa igual a cero. Esto significa que, aunque la ONG paga el IVA sobre los bienes y servicios que compra, no tiene que pagar el impuesto sobre lo que vende\*\*\* y le devuelven el impuesto pagado sobre los bienes y servicios que adquiere más la suma de todo impuesto de IVA imputado sobre los bienes y servicios que vende a los demás. Esta práctica no es aplicada en muchos países.<sup>142</sup> La práctica más general da a las PBOs una tarifa favorable del IVA pero no una tarifa equivalente a cero. Por ejemplo, si la tarifa general del IVA es del 20%, la tarifa especial para las PBOs podría ser de entre un 6 y un 10 por ciento.<sup>143</sup>

(b) *Las PBOs deberían recibir tratamiento preferencial o exención de los impuestos de aduanas\* sobre importaciones de bienes o servicios que son utilizados para propósitos de beneficio público.*

Discusión. En la práctica, los impuestos a las importaciones se encuentran entre las cuestiones más debatibles y más difíciles de todas las que tienen que ver con las ONGs. Si la ley de un país particular exime a las ONGs, los funcionarios de aduanas hacen con frecuencia caso omiso de la ley y las ONGs deben gastar una suma desproporcionada de tiempo para conseguir que un funcionario de más alto rango les conceda efectivamente la exención.<sup>144</sup> Al mismo tiempo, las leyes que conceden exenciones de impuestos de aduanas a las ONGs atraen a ladrones y farsantes al sector de las ONGs con el propósito principal de conseguir la exención.

Si se imponen derechos de importación a ONGs legítimas, estos gravámenes pueden elevar dramáticamente el costo de sus operaciones. Este problema lo confrontan por igual las ONGs domésticas y las extranjeras. El problema puede ser particularmente severo para las ONGs de ayuda humanitaria, por cuanto estas organizaciones usualmente importan todos sus bienes y servicios con el fin de atender las necesidades de alivios de emergencia. Pero el problema afecta hasta la más pequeña de las ONGs que quisiera importar una máquina de fax o una computadora para hacer su trabajo más productivo.<sup>145</sup>

La práctica sana en esta materia consiste en conceder exención de impuestos de aduana a las PBOs y en tener un proceso justo pero exhaustivo para garantizar que sólo las genuinas PBOs califican para este beneficio; y en tener al mismo tiempo un proceso de certificación, de licencia u otro similar, para asegurar que la exención a las PBOs será reconocida en la frontera. Como protección contra el uso indebido de la exención, es pertinente disponer que las importaciones sólo estarán exentas cuando vayan a ser efectivamente utilizados por la ONG en el curso de sus actividades. Cualquier artículo vendido por una ONG (v.gr., un camión o un automóvil) dentro de un período breve de tiempo (v.gr., dos o tres años) quedaría sujeto a impuestos de aduanas en el momento de la venta.

### **Sección 34: Otros impuestos**

*(a) Según la medida en la cual un gobierno desee estimular las ONGs, debería considerarse una exención o un tratamiento preferencial bajo las demás leyes tributarias (v.gr., impuestos sobre la propiedad personal o real, impuestos a las ventas, impuestos sucesorios).*

Discusión. Las prácticas en este respecto varían ampliamente alrededor del globo. Como ejemplo, Indonesia, Las Filipinas y Tailandia otorgan exención de los impuestos sobre la tierra a las organizaciones religiosas; Australia, por el contrario, no concede los beneficios del impuesto sobre la renta a las organizaciones religiosas.<sup>146</sup>

*(b) Ninguna ONG debería estar exenta o recibir tratamiento preferencial bajo los impuestos que recaen sobre el empleo o la nómina salarial.\**

Discusión. No obstante el hecho de que los empleados de una ONG esperan usualmente recibir una remuneración inferior a la que se paga por trabajos comparables en el sector con ánimo de lucro, no hay justificación alguna para eximirlos de los impuestos de seguridad social y los impuestos relacionados con el empleo que se cargan a los trabajadores del sector gubernamental o del sector con ánimo de lucro. Los impuestos de seguridad social y similares son aplicados con fundamento en cálculos actuariales de lo que se necesita para satisfacer las obligaciones de largo plazo del Estado para con los trabajadores pensionados. Aquéllos que están empleados en el sector sin ánimo de lucro no deberían quedar excluidos de los beneficios que brinda el Estado, ni deberían estar exentos de los beneficios que se les brinda a quienes participan de estos esquemas oficiales.<sup>147</sup>

En síntesis, aunque puede ser valioso eximir a las ONGs de muchas de las formas de la tributación ordinaria, la concesión de exenciones de los impuestos de empleo aplicados de manera general a los empleadores equivaldría a preferir los intereses de estas organizaciones sobre los intereses de largo plazo de sus empleados. Los empleados de las ONGs no deberían sufrir el doble desestímulo de trabajar por un salario más bajo y de quedar excluidos

de los programas de beneficios básicos para empleados que están al alcance de otros empleados en esa sociedad.

## Capítulo K. ONGs extranjeras y financiación extranjera

### **Sección 35: Constitución y supervisión de ONGs extranjeras**

*(a) Una ONG que se organiza y funciona bajo las leyes de un país, pero que tiene o intenta tener operaciones, programas o bienes en otro país, debería por regla general poder operar como ONG en este otro país o crear una organización subsidiaria o afiliada bajo las leyes de este país. Y tal organización, o su sucursal, subsidiaria o afiliada, debería disfrutar de todos los derechos, facultades, privilegios e inmunidades de las ONGs en el país anfitrión, y quedar sujeta a todas las exigencias, responsabilidades, deberes y sanciones aplicables a las ONGs en este país, siempre y cuando las actividades de las ONGs extranjeras sean consistentes con el orden público del país anfitrión.*

*(b) Si bien las normas generales que restringen las actividades políticas de las ONGs, que imponen las exigencias generales de informes y publicidad y que regulan el derecho de la agencia supervisora de auditar e inspeccionar los libros, registros y actividades de cualquier ONG deberían ser suficientes para impedir (o castigar) el uso indebido de la legislación de un determinado país por entidades extranjeras, en casos excepcionales y bajo circunstancias de alta sensibilidad puede ser pertinente denegar a una ONG extranjera el derecho de funcionar en otro país o imponerle exigencias o restricciones especiales.*

Discusión. El criterio fundamental en esta materia es que las organizaciones domésticas y las extranjeras deberían estar en pie de igualdad. Es propio exigir que una organización extranjera se constituya legalmente, como condición al funcionamiento en otro país. Es también pertinente exigirle a esa organización que cumpla con las mismas obligaciones legales (v.gr., informes, impuestos) que deben cumplir las organizaciones domésticas. Debería permitirse que una organización extranjera establezca una sucursal de la organización matriz mediante un proceso que se conoce generalmente como registro de oficina o de sucursal. Este registro implica que todos los bienes e ingresos de la organización, incluidos los de la organización matriz, respaldan los contratos celebrados por la sucursal o las obligaciones en que ella incurra. Implica además que la organización foránea debe cumplir con todas las exigencias legales del país donde se halla constituida y, en lo que respeta a las actividades y operaciones de su sucursal en otro país, también con todas las leyes aplicables en este país. Debería permitirse, alternativamente, que la organización extranjera formase una subsidiaria o una afiliada en el país donde desea operar. Si optare por este camino, constituye una entidad legal independiente, formada con el fin de realizar actividades y operaciones en el país extranjero.

El registro de sucursal puede dar lugar a ciertos problemas técnicos. Uno de los propósitos fundamentales del registro de sucursal es establecer un procedimiento al acceso de todos, que posibilite que la organización sea demandada en el país en el que opera y, de manera general, que responda por sus actividades en este país. Con el registro se le exige, por ejemplo, que designe una oficina principal donde podría recibir notificaciones y otras comunicaciones de índole judicial, y donde mantiene sus libros y archivos disponibles para eventuales inspecciones con respecto a sus actividades en ese país. Se le exige además que nombre un funcionario principal. Cuando los criterios de constitución del país de origen de la organización son considerablemente distintos a los del país en el cual desea operar mediante sucursal, el organismo responsable de éste puede determinar que las diferencias entre uno y otro son de tan grande envergadura que no se puede permitir que la sucursal sea tenida como

equivalente a una asociación, una fundación u otro tipo pertinente de persona jurídica del país donde la sucursal pretende operar.

Dos fuentes de presión, provenientes de dos fuentes de distinta dirección, pueden incidir sobre este principio del tratamiento en pie de igualdad. Con frecuencia las organizaciones extranjeras aspiran a privilegios que no se ofrecen a los propios ciudadanos del país. Pueden, por ejemplo, aspirar a exenciones de las leyes tributarias o laborales del país en el cual desean operar, cuando menos con relación a los expatriados que hacen parte de su personal. Privilegios de esta naturaleza son consagrados frecuentemente en tratados o convenios bilaterales especiales. Estos privilegios se suelen conceder con el fin de atraer organizaciones extranjeras que deseen traer al país sumas substanciales de dinero o que le traen otros beneficios considerables, como suele suceder con la Fundación Ford o con la USAID de los Estados Unidos. La decisión de conceder o no privilegios especiales a organizaciones extranjeras se toma generalmente de manera individual, caso por caso o en consideración a la organización, y se deja a la discreción del gobierno.

La presión procedente de la otra dirección brota del temor a la subversión. Muchos países, especialmente países débiles o pequeños, temen que las ONGs sean utilizadas para subvertir el régimen político o para causar otros daños a la sociedad.<sup>148</sup> Varias razones llevan a pensar que este temor no está generalmente fundado en los hechos. En primer lugar no debería surgir ninguna dificultad siempre que una organización desempeñe sólo aquellas actividades para las cuales ha sido constituida y que estas actividades estén conforme a las leyes que afectan a todas las ONGs en el país. En segundo lugar, si la organización extranjera se compromete con actividades ilegales o subversivas, debería quedar sujeta a todas las sanciones, incluida la de terminación, a las que quedan sujetas las organizaciones domésticas que realicen actividades subversivas; es decir, deberían aplicarse las mismas reglas. En tercer lugar, las ONGs no son vehículos particularmente adecuados para llevar a cabo actividades subversivas. En la mayoría de los países, las organizaciones empresariales pueden constituirse más fácilmente que las ONGs y pueden con igual facilidad que éstas ser utilizadas para ocultar actividades indebidas del ojo vigilante del Estado. En cuarto lugar, la prohibición de organizaciones extranjeras no puede impedir la subversión. Los verdaderos espías y los subversivos actúan clandestinamente, no mediante la constitución de ONGs. Cualesquiera persona que posea un pasaporte falso, una visa de turista y una buena cantidad de dinero puede causar enorme daño a la estabilidad y la seguridad del Estado.<sup>149</sup>

Por todas las razones que se acaban de exponer, la prohibición de que una ONG extranjera establezca sucursal, afiliada o subsidiaria en el país tendrá poco o ningún efecto sobre las amenazas al orden interno o a la seguridad pública. Sin embargo, el temor persiste y muchos países insisten en reservarse el derecho a negarse a permitir que ONGs extranjeras funcionen en su territorio. En atención a esta realidad política, la Sección 35-b prevé una pequeña excepción a la regla general. Debe subrayarse, de todas maneras, que la excepción está reservada para circunstancias excepcionales y de elevada sensibilidad.

### **Sección 36: Financiación extranjera**

*(a) Por regla general, debería permitirse que una ONG constituida o establecida en un país solicitara y recibiera donaciones en dinero o en especie o transferencias de otro país, o de entidades multilaterales o de donantes institucionales o individuales de otro país, siempre y cuando se observen las leyes de aduanas, cambios y moneda extranjera del país anfitrión.*

*(b) Si bien las normas generales que restringen las actividades políticas de las ONGs, que imponen las exigencias generales de informes y publicidad y que regulan el derecho de la agencia supervisora de auditar e inspeccionar los libros, registros y actividades de cualquier ONG deberían ser suficientes para impedir (o castigar) el uso indebido de fondos de origen extranjero, en casos excepcionales y bajo circunstancias de alta sensibilidad puede ser pertinente exigir aprobación por adelantado para recibir fondos o bienes del exterior.*

Discusión. Las cuestiones aquí planteadas son muy similares a las discutidas anteriormente. Por regla general, las normas para la financiación de fuente extranjera deberían ser las mismas que se prescriben para la financiación de fuente doméstica.<sup>150</sup> Si los donantes o financiadores domésticos deben ser incluidos en los informes anuales, otro tanto debería aplicarse a los financiadores extranjeros. Si los financiadores domésticos tienen el derecho de apoyar toda actividad legal permitida a las ONGs domésticas, los financiadores foráneos deberían gozar del mismo derecho.

Desde luego que pueden surgir problemas por razón de la legislación bancaria o del régimen cambiario. Existe la tendencia, en aquellos países cuya moneda no es libremente convertible –como ocurre en muchos países en desarrollo de todas las regiones del mundo– a que el gobierno capture una porción substancial del valor de una donación extranjera mediante la exigencia de que se la convierta a moneda local a tasas de cambio irrealistas, o bien a que se imponga un impuesto o tarifa al banco doméstico que procesa la transferencia. Algunos donantes extranjeros han reaccionado mediante la introducción subrepticia de dinero. Esta práctica es claramente indebida puesto que es ilegal. Es importante, sin embargo, que los países del mundo entero adviertan la importancia que tiene la financiación extranjera para el crecimiento y el fortalecimiento de la sociedad civil durante las fases iniciales de su desarrollo.<sup>151</sup> Deberían tomarse medidas, consistentes con los controles generales de intermediación financiera y de moneda extranjera, para permitir que los fondos procedentes del exterior sean procesados a tasas de cambio realistas y sin la exacción de impuestos o tarifas especiales.<sup>152</sup>

Por todas las razones discutidas bajo la Sección anterior, es infundado el temor de que financiadores externos estén tratando de subvertir la seguridad del Estado. En la medida en que las leyes que imponen transparencia y rendición de cuentas (accountability) a las ONGs se apliquen con firmeza y probidad, el organismo estatal responsable podrá establecer si una ONG, bien sea financiada domésticamente o desde el exterior, ha utilizado los fondos indebidamente. Si éste fuere el caso, deben tomarse medidas rigurosas para corregir el abuso y prevenir su repetición. Sin embargo, la exigencia de aprobación anticipada para cada transferencia del exterior, como se practica en Bangladesh, Egipto e India, es una política inútil, dilatoria y excesivamente burocrática.<sup>153</sup> Chile tuvo una legislación similar bajo el General Pinochet; pero fue derogada cuando se restableció la democracia. El apartheid de África del Sur buscó implantar ese tipo de legislación; pero fue derrotada aún antes de la reciente transición de ese país al régimen de democracia mayoritaria.<sup>154</sup>

Una vez más, el uso de fondos domésticos para la subversión es tan probable como el uso de fondos extranjeros para este efecto y las normas deberían ser las mismas para fondos de uno u otro origen. Además, quien quiera que intente introducir fondos extranjeros para amenazar la seguridad del Estado o subvertir la estabilidad del gobierno puede recurrir a decenas de maneras clandestinas (y por tanto ilegales) para hacerlo, sin necesidad de

ocultarlo tras la apariencia de una donación extranjera a una ONG. Cuando existan preocupaciones con la seguridad del Estado o la estabilidad del gobierno, lo indicado es promulgar leyes que se ocupen directamente de estos riesgos, sin consideración a si ellos son financiados de fuentes domésticas o extranjeras. Se repite, con todo, que, en atención a las realidades políticas, esta regla admitiría excepción en casos de circunstancias singulares y de elevada sensibilidad.

## Capítulo L. Otras Relaciones entre Gobiernos y ONGs

**Sección 37: QUANGOS y GONGOS.** Aunque son muchos los campos adecuados para las organizaciones cuasi no-gubernamentales (QUANGOs) o para las ONGs organizadas o controladas por el gobierno (GONGOs) –tales como museos, institutos de investigación o programas especiales de crédito–, debe observarse enorme cautela para impedir que estas entidades sean utilizadas para el beneficio directo o indirecto, monetario o político, de funcionarios del gobierno. Deben tomarse precauciones especiales para impedir la discriminación indebida contra las ONGs independientes.

Discusión. Las ONGs profesan grande hostilidad hacia las GONGOs y las QUANGOs. Abundan las historias sobre las maneras como éstas han sido utilizadas para evadir ciertas obligaciones impuestas a las ONGs o para enriquecer funcionarios del gobierno. No hay consenso sobre los elementos constitutivos de una GONGO o de una QUANGO. Para algunos, toda organización constituida por el gobierno cae dentro de estas categorías; otros piensan que son todas las organizaciones financiadas por el gobierno; otros tercián con la tesis de que el elemento esencial es el control del gobierno. Hay quienes sienten que los abusos de GONGOs y QUANGOs son tan generalizados que estas organizaciones no deberían existir.

Las experiencias de las democracias maduras sugieren que estos temores son exagerados, que no es necesario prohibir las GONGOs y las QUANGOs y que, de hecho, ellas son frecuentemente organizaciones útiles y muy buenas. Por ejemplo, el Estado puede considerar que el público está más dispuesto a sufragar, mediante contribuciones, parte de los costos de funcionamiento de un centro cultural atendido por el Estado cuando este centro es transferido a una ONG donde tiene una estructura directiva separada de la del gobierno. En este caso, es posible que el Estado siga brindando recursos substanciales o incluso mantenga el control dentro de la junta directiva. Prominentes personas del sector privado pueden ser también miembros de la junta y, especialmente cuando están de por medio deducciones tributarias, aquellas personas que prestan especial apoyo a los trabajos y a las actividades del centro cultural pueden estar dispuestas a otorgarle contribuciones substanciales.

En otro ejemplo, puede ser más fácil manejar un instituto de investigación financiado por el gobierno, cuyos investigadores provienen en grande medida de universidades o del exterior y dedican al instituto períodos que van desde unos pocos meses hasta unos pocos años, cuando el instituto no se rige por las normas generales del servicio civil. O, puesto que el gobierno se ciñe a un presupuesto anual, puede resultar útil establecer una estructura separada, por fuera del aparato gubernamental, para crear, por ejemplo, un fondo de microempresas destinado al apoyo de pequeñas empresas, y transferirle recursos que puedan ser utilizados como fondo rotatorio para otorgar préstamos a microempresas durante muchos años o por un período indefinido de tiempo. Desde luego que, si entidades como éstas se establecieran como ONGs, deberían cumplir con todos los requisitos exigidos a las ONGs. Y podría ocurrir que debieran cumplir también con obligaciones adicionales que les imponga el Estado mediante ley o reglamento o que nazcan de contrato con el Estado.

Todas estas situaciones están expuestas al riesgo de conflictos de interés, actuación en beneficio particular o en provecho propio e indebido enriquecimiento personal. Por ejemplo, un ministro de finanzas podría nombrar a su hijo para manejar un fondo de microempresas dotado por su ministerio. O un ministro de cultura podría recibir dos salarios, uno del ministerio

y otro como director de una GONGO financiada por el ministerio con el fin de manejar un museo. Para prevenir y castigar estas irregularidades, es importante contar con reglas claras sobre estas materias y vigilar diligentemente su aplicación. Dada la naturaleza humana, no es posible erradicar por completo estos problemas en ninguna sociedad. En realidad, estos riesgos hacen parte de un desafío más general cual es el de eliminar la corrupción gubernamental e imponer reglas éticas de rendición de cuentas (accountability) y transparencia, tanto en los países desarrollados como en los países en vías de desarrollo. No es necesario para ello prohibir las GONGOs y las QUANGOs.

***Sección 38: Acceso a fondos públicos y contratos administrativos. Deberían existir sistemas de licitación abiertos, justos y no discriminatorios para toda transferencia, compra u otro tipo de contrato sobre bienes, servicios o activos de un gobierno o agencia gubernamental.***

Discusión. Las licitaciones no son un problema particular de las ONGs. Buenas leyes de licitación (procurement laws) son esenciales para el funcionamiento justo, eficaz y libre de corrupción de un gobierno. Por regla general, las ONGs deberían estar habilitadas para participar en concursos o licitaciones por contratos gubernamentales, en pie de igualdad con las entidades con ánimo de lucro o con las GONGOs.<sup>155</sup> De conformidad con la mayoría de los regímenes más modernos de licitación, no se exige concurso público para ciertas compras pequeñas y los contratos o las transferencias de aportes (grants) que sólo pueden tener un proveedor (sole source contracts) pueden otorgarse a organizaciones calificadas que diseñen y propongan proyectos aceptables.<sup>156</sup>

***Sección 39: Transferencias de activos y de servicios del sector público. Debería considerarse el uso de las ONGs para transferir bienes o programas del gobierno (v.gr., educativos, médicos, culturales o investigativos), del sector público al sector de las ONGs, cuando una ONG pueda manejarlos más eficientemente o cuando puedan ser mantenidos total o parcialmente mediante donaciones privadas.***

Discusión. Existe en todo el mundo una marcada tendencia a reducir el Estado. En buena medida se trata de un esfuerzo dirigido a privatizar la economía y a colocar los medios de producción en manos de los particulares. Existe también un movimiento para sacar del gobierno los servicios, equipos e instalaciones sociales. Estos servicios e instalaciones o equipos no son empresas para generar utilidades y, por lo tanto, no pueden ser “privatizados” en el sentido corriente del término. Sin embargo, en la medida en que se ven reducidos muchos de los ingresos públicos, se vuelve necesario reducir el presupuesto de gastos del Estado y, cuando es posible, generar tarifas o contribuciones para financiar aquellos servicios. Debería reconocerse que las maneras tradicionales como pueden trabajar las ONGs con los gobiernos –es decir, mediante contrato o transferencia de aporte (grant)– son, de hecho, vías de “privatización” de los servicios públicos. En vez de que una burocracia estatal ofrezca todos los bienes y servicios financiados por el Estado, el gobierno puede invitar a las ONGs a que brinden esos bienes y servicios por las razones expuestas bajo el Capítulo A. Sin embargo, se está arraigando en muchos países la práctica de transferir grandes activos del Estado a las ONGs con la expectativa de que ellas realicen los programas previamente ejecutados por el Estado.

Es importante, en este contexto, evitar una situación en la cual los gobiernos se valgan de tales tendencias hacia la “privatización” para eludir importantes responsabilidades sociales.

Existen obvias necesidades humanas básicas que en muchos casos sólo pueden ser satisfechas mediante intervención del gobierno. Además de estas necesidades, es importante recordar que este Manual enfatiza las asociaciones entre el gobierno y las ONGs para la satisfacción de las necesidades del desarrollo económico y social y del alivio de la pobreza. Este Manual no defiende una situación en la cual las ONGs son forzadas a cargar demasiada parte de la responsabilidad de atender los problemas sociales.

Si se transfirieran instalaciones de salud, de educación o de investigación a una ONG, puede ser posible conseguir contribuciones substanciales de la ciudadanía para estos servicios. Aún si estas instalaciones continuaran recibiendo recursos del presupuesto público, el hecho de transferirlas a una ONG abre la posibilidad de considerable apoyo de parte de la sociedad civil. Como tal ONG puede seguir siendo controlada de manera parcial o total por el gobierno, surgen los problemas discutidos bajo la Sección 37.

Algunos países, como Hungría, la República Checa o Rusia, han percibido la necesidad de crear nuevos tipos de personas jurídicas a los cuales puedan transferir servicios e instalaciones previamente ofrecidos o poseídos por el Estado. Las razones para ello no están claras. Una posible razón es la creencia de que una fundación es una figura institucional inadecuada para poseer y manejar instalaciones tales como bibliotecas o museos. Se parte de la idea de que la figura de la fundación es idónea para tener un patrimonio y para donar o transferir recursos. En realidad, si bien es cierto que muchas fundaciones tienen el propósito primordial de transferir recursos, no lo es menos que muchas de las fundaciones de Europa Occidental y de los Estados Unidos son fundaciones más “operativas” que fundaciones “de transferencia” (“grant making foundations”). Esas fundaciones operativas poseen y manejan museos, bibliotecas y otras instalaciones culturales. La figura de la fundación ha demostrado ser, en Occidente, un vehículo perfectamente adecuado para entidades que operan directamente servicios; de manera que no son evidentes las razones por las cuales los legisladores de aquellos países han estimado necesario crear nuevas figuras legales, lo cual ocasiona inevitablemente confusión.

## Capítulo M. Autorregulación

Discusión. Desde luego, es fundamental que una ONG esté obligada a obedecer, no sólo las leyes específicamente dirigidas a las ONGs sino todas las leyes que le son aplicables, incluidas las leyes generales de Derecho Civil y Derecho Penal. Véase la Sección 2. Se arguye con frecuencia que la autorregulación debería ser estimulada con el fin de desanimar el exceso de regulación por parte del Estado. Sin lugar a dudas, la autorregulación debe ser estimulada; pero la lógica y la práctica indican que no puede esperarse, en términos realistas, que la autorregulación reemplace las leyes fundamentales. En primer lugar, la autorregulación es voluntaria y las ONGs interesadas en seguir estándares básicos no participarían de ella. Según se discute más adelante, es posible aplicar poderosos incentivos para estimular a las ONGs a participar en esquemas de autorregulación; pero es al mismo tiempo necesario tener leyes claras y comprensivas, que rijan para todas las ONGs y que sienten estándares mínimos de conducta. Véase las secciones 10 a 18. En contraste con las normas de alcance general, la naturaleza y la extensión de los informes que una ONG debe someter al Estado y a la sociedad deberían ser adecuadas y proporcionales a la medida en que sus actividades y operaciones afectan el interés público. (Véase el Capítulo I.)

En segundo lugar, la autorregulación es dominante y exitosa en los países que cuentan con los más desarrollados sistemas jurídicos para las ONGs. En contraste con ellos, la autorregulación eficaz es esencialmente desconocida en países que sólo tienen leyes rudimentarias sobre ONGs. Esto sugiere que tanto las leyes que rigen las ONGs como la propia percepción que el sector tiene de la necesidad de elevar sus propios estándares marchan al unísono. En la medida en que el sector de las ONGs evoluciona hacia su madurez, las leyes de ONGs se hacen más complejas por cuanto la experiencia práctica pone en evidencia la complejidad natural de la materia, y porque es necesario salir al paso de los mecanismos o de las tácticas que inventan las ONGs menos escrupulosas para evitar el espíritu de las leyes más generales. Del lado de las prácticas sanas, las ONGs responsables se vuelven cada vez más conscientes de que el éxito de su sector depende en buena medida de la manera como el público juzga su eficiencia, su eficacia y su ética. Los códigos de autorregulación se desarrollan para habilitar a grupos de ONGs que trabajan en sectores específicos (v.gr., la salud, el desarrollo, la atención de desastres) para que satisfagan la necesidad de mayor integridad y de más altos estándares.

Con respecto al cumplimiento de las leyes generales, surge con frecuencia una cuestión relacionada con el Derecho Laboral. De una parte, las ONGs buscan con frecuencia que se les exima de las normas laborales que se prescriben para el Estado o para los empleados del sector privado; y algunas veces consiguen. De la otra, existe la tendencia a que las ONGs consideren a sus empleados como uno de los grupos claves de intereses que constituyen la razón misma de su existencia.

Si bien una sociedad puede tener razones de peso para establecer normas laborales específicas para las ONGs, no existe en principio ninguna razón válida por la cual una ONG no puede ser un buen patrono en términos de la remuneración, los beneficios y las condiciones de empleo, o por la cual no debe cumplir todas las leyes laborales generales vigentes en un país. Del otro lado, debe recordarse que la razón por la cual existe la ONG es el beneficio, no de su personal, sino de los grupos y los propósitos para los cuales fue establecida.

**Sección 40: Autorregulación.** *La autorregulación es esencial para la existencia de un sector de ONGs bien ordenado.*

*(a) Debería permitirse y estimularse que ONGs individuales adopten explícitamente estándares para regular sus propias actividades.*

Discusión. “Autorregulación” es un término ambiguo. Aunque su acepción clara y literal tiene que ver predominantemente con los esfuerzos de una ONG para regularse a sí misma, se lo utiliza las más de las veces para referirse a los esfuerzos de grupos de ONGs para establecer y aplicar estándares a todos los miembros del grupo. Ambos tipos de autorregulación son valiosos y ambos deberían ser animados.

Debería permitirse y estimularse que cualquier ONG adoptare un código de ética o de conducta. Si bien un código de conducta debe ser ajustado a las circunstancias peculiares de cada ONG, es común que tales códigos cubran asuntos tales como los conflictos de interés, las políticas de gastos de viaje, los estándares de selección de miembros de la junta directiva, las prohibiciones de beneficio privado o de actuación en beneficio propio y así sucesivamente. Por ejemplo, un código de ética podría prescribir que ningún funcionario o directivo participare en la discusión o en la decisión de un asunto que toca directamente con esa persona (v.gr., reelección a la junta directiva, remuneración, aprobación de una transacción que involucra esa persona, etc.). Un código de conducta podría ordenar que los funcionarios o directivos revelaren todas y cada una de sus afiliaciones institucionales que pudiesen dar lugar a conflictos de interés (v.gr., ser miembro de la junta directiva de otra ONG que tiene metas y misiones coincidentes). Podría además prohibir que un funcionario o directivo recibiere remuneración de la organización, distinta al reembolso de gastos razonables, sin el conocimiento y la aprobación previos de la junta (v.gr., por concepto de servicios prestados a la ONG en condición de abogado o contador). Un código podría ordenar que los empleados, funcionarios o directivos rehusaren toda dádiva o liberalidad ofrecida por razón de su posición; o que trasladaren los regalos de mayor valor a la organización. Podría también mandar que los empleados, funcionarios o directivos usaren el medio de transporte más barato que fuere razonable y se alojaren únicamente en hoteles de precio moderado.

La determinación de los puntos que deben ser incluídos y las cuestiones de que debe ocuparse un código de conducta es asunto que debe resolver cada ONG en vista de los hechos y las circunstancias particulares a ella. Dicho código puede ser de enorme valor para garantizar que todas las personas que tienen que ver con la ONG sean sensibles a potenciales abusos o actos indebidos. La discusión, redacción y adopción de ese código son oportunidades para que la organización sienta en carne propia cuáles son exactamente sus valores. Los funcionarios y los directivos recién nombrados deberían obviamente recibir copias del código cuando ingresen a la organización. Muchas organizaciones exigen constancias anuales de sus empleados o de los miembros de su junta directiva en el sentido de que han revisado y observado las disposiciones del código, en materia de conflictos de interés, por ejemplo. Por último, la adopción y la aplicación interna de un código de conducta claro

y categórico transmite un poderoso mensaje a donantes, beneficiarios y terceros interesados, en el sentido de que esa ONG tiene elevados estándares y ha tomado medidas efectivas para asegurarlos. Si muchas ONGs de una sociedad replicaren el proceso de adoptar y aplicar códigos de conducta, se elevarían visiblemente el status y la integridad reales del sector como la percepción que se tiene de ellos.

*(b) Debería permitirse y estimularse que grupos de ONGs sienten estándares más elevados de conducta y desempeño mediante la autorregulación.*

Discusión. Por ejemplo, las organizaciones que operan en un campo particular (v.gr., desarrollo económico o atención de desastres) podrían formar una asociación de organizaciones o “grupo paraguas” que de manera democrática adopte reglas o estándares (v.gr. de dirección, revelación de información, financiación, etc.) y que exija de sus organizaciones miembros certificados de adhesión de esos estándares.<sup>157</sup> Los miembros de un grupo paraguas podrían facultarlo para practicar auditorías de las organizaciones miembros o para investigar las quejas contra una de estas organizaciones con el fin de garantizar el cumplimiento de los estándares o para expulsar de su seno a los miembros que no corrijan aquellas de sus operaciones que no cumplen con esos mismos estándares.<sup>158</sup> Mediante la divulgación de su membresía (y de sus expulsiones) y de sus estándares, la organización paraguas podría elevar la confianza del público en la integridad y en el funcionamiento de sus organizaciones miembros. La membresía en esa organización, o la ausencia de ella, podría convertirse en importante criterio para seleccionar la organización que ha de recibir una donación o celebrar un contrato.<sup>159</sup> El Apéndice II contiene un informe con las recomendaciones de dirigentes y expertos de las ONGs de Europa Central en materia de autorregulación.

*(c) Es pertinente estimular el establecimiento de organizaciones vigilantes\* que sigan y evalúen las organizaciones del sector de las ONGs.*

Discusión. ONGs especiales se han constituido o han sido financiadas en algunos países con el fin de vigilar todas las ONGs del sector o de subgrupos de éste. Estos programas no son voluntarios en el sentido en que lo es la membresía en organizaciones paraguas. Se trata más bien de organizaciones que se proponen a sí mismas la vigilancia de las ONGs y que aplican a éstas criterios y valores igualmente desarrollados por ellas, con poca o ninguna participación de las ONGs en el desarrollo de estos criterios. Las evaluaciones realizadas por estas organizaciones de vigilancia son tan buenas como buenos sean los estándares que ellas adopten y los métodos de evaluación que ellas practiquen. No obstante esto, mediante la divulgación del hecho de que algunas ONGs cumplen con esos estándares y otras no, las organizaciones de vigilancia han tenido grande impacto en la creación de conciencia pública sobre la importancia de establecer estándares para las ONGs y en la elevación de la sensibilidad de las ONGs al asunto de los estándares. Si bien no se trata de organizaciones voluntarias en la acepción ordinaria del vocablo, estas organizaciones de vigilancia brindan un ejemplo más de la manera como el sector busca

autorregularse en lugar de ser regulado por el Estado. El Apéndice IV presenta los estándares y las calificaciones establecidos por la Oficina Nacional de Información sobre Entidades de Caridad (National Charities Information Bureau), una ONG de vigilancia de los Estados Unidos.

*(d) Bajo ciertas circunstancias, cuando resulta pertinente imponer la obligación de membresía en una organización, puede ser también conveniente que las normas deleguen en la organización la autoridad de otorgar licencias a sus miembros o de regularlos, supervisarlos y sancionarlos.*

Discusión. Algunos sistemas legales exigen que todos los miembros de una determinada profesión (v.gr., los abogados) pertenezcan a una cierta sociedad o asociación profesional. Esta sociedad es facultada para tomar y calificar exámenes enderezados a establecer si una persona está o no calificada para ser admitida a la práctica profesional en esa jurisdicción. La sociedad puede ser facultada también para sancionar y expulsar aquellos miembros que quebranten las reglas o los estándares de una profesión y para publicar criterios de orientación general. Organizaciones de esta índole son evidentemente excepciones al principio general según el cual la membresía en una organización o la pertenencia a ella debería ser voluntaria. Véase la Sección 3(g) y la nota de pie de página número 4. El proyecto húngaro de legislación sobre ONGs prevé una cámara especial de ONGs. La pertenencia sería obligatoria, la cámara dictaría y aplicaría los estándares y sus dirigentes serían elegidos por los miembros.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Cooperation between the World Bank and NGOs - FY96 Progress Report (1997).
- <sup>2</sup> Operational Directive 14.70. "Involving NGOs in Bank-Supported Activities", agosto de 1989.
- <sup>3</sup> Ibrahim Shihata, The World Bank in a Changing World, Vol. II, Capítulo 6, "The World Bank and NGOs", 1995.
- <sup>4</sup> Carmen Malena, Working with NGOs: A Practical Guide to Operational Collaboration between the World Bank and NGOs, 1995.
- <sup>5</sup> Ibrahim Shihata, *ibid.*
- <sup>6</sup> Instrucción Operativa (Operational Directive) 4.01, Environmental Assessment, septiembre de 1991.
- <sup>7</sup> Instrucción Operativa (Operational Directive) 14.70, *ibid.*
- <sup>8</sup> Véase, Participation Learning Group Final Report (Banco Mundial). Como el Banco lo ha reconocido, la *participación* es, a su vez, intrínseca a la buena capacidad de gobernar (a la gobernabilidad o "governance"), la cual es esencial para un desarrollo exitoso. Ver Governance: The World Bank's Experience, p. 42 (The World Bank, 1994).
- <sup>9</sup> "Prohibition of political activities in the Bank's work", opinión jurídica del Senior Vice President y General Counsel, presentada ante la Junta del Banco el 12 de julio de 1995.
- <sup>10</sup> El Banco y otros organismos afrontan constantemente el desafío de establecer si una ONG escucha realmente y habla en nombre de aquellos que pretende representar y beneficiar o la medida en que efectivamente lo hace. Una dificultad correlativa surge cuando ONGs del Norte pretenden representar los intereses del Sur.
- <sup>11</sup> "Prohibition of Political Activities in the Bank's Work", concepto jurídico del Senior Vice President y General Counsel ante la Junta del Banco, 12 de julio, 1995.
- <sup>12</sup> Governance and Development, World Bank, p. 29, 1992.
- \* Se refiere al sector que se caracteriza por el trabajo y otros aportes voluntarios, generalmente gratuitos. Se suele equiparar con el sector sin ánimo de lucro. (Nota del Traductor, N. del T.)
- \*\* La traducción más usual de "governance" es gobernabilidad, o capacidad de gobernar efectivamente. (N. del T.)
- <sup>13</sup> Governance and Development, *Ibid.*
- <sup>14</sup> John D. Clark, The State and the Voluntary Sector, World Bank, 1993.
- <sup>15</sup> Governance and Democracy, op. cit. supra; Governance in the World Bank's Experience, noviembre, 1993.
- <sup>16</sup> "Prohibition of Political Activities in the Bank's Work", concepto jurídico del Senior Vice President y General Counsel ante la Junta Directiva del Banco, 12 de julio, 1995.
- <sup>17</sup> Governance in the World Bank's Experience, noviembre, 1993.
- <sup>18</sup> Véase, por ejemplo, The Role of NGOs and Community-Based Groups in Poverty Alleviation in Uganda, World Bank, 1994; John D. Clark y Barbara S. Balaj, NGOs in the West

Bank and Gaza, World Bank, febrero, 1996; Pursuing Common Goals (un estudio sobre las relaciones entre las ONGs y el Gobierno en Bangladesh), World Bank, 1996; ver también John D. Clark, The State and the Voluntary Sector, Ibid.

\* El subrayado es del original en Inglés. (N. del T.)

<sup>19</sup> Desde luego, la aplicación no puede ser justa sino se cuenta con los medios adecuados para recurrir por la vía administrativa o por la vía judicial. Véase la Sección 2-b.

<sup>20</sup> El Banco y el ICNL están desarrollando, como parte integral de este proyecto, un archivo y una base de datos sobre leyes de ONGs en países del mundo entero. El archivo y la base de datos consisten en: (1) copias de las leyes que rigen las ONGs (frecuentemente en Inglés y en el idioma local; a veces sólo en Inglés o en el idioma local), (2) proyectos de ley (generalmente en Inglés), y (3) informes de país (generalmente en Inglés, a veces en el idioma local), tales como los informes preparados por abogados u otros expertos del país en cuestión que describen las leyes de ONGs de ese país y la manera como se las pone en práctica. Este archivo y esta base de datos están creciendo rápidamente. La intención es tenerlos disponibles en el Banco, para el uso del personal del Banco, y en el ICNL, para hacerlos accesibles al público en general.

<sup>21</sup> Si bien este Manual trata únicamente de las leyes relativas a las ONGs, muchas de sus pautas y prácticas son también pertinentes para las leyes que se ocupan de otros tipos de organizaciones – tales como los sindicatos, los partidos políticos o las iglesias.

\* El subrayado es del original en Inglés. (N. del T.)

<sup>22</sup> “La aplicación laxa y la tolerancia de aplicaciones diferenciadas pueden rendir vacuos los derechos constitucionales formales y reducir los prospectos de robustecimiento del poder de las ONGs. Además, muchos países en desarrollo tienen tradiciones de gobiernos centralizados y muy burocratizados que pueden también inhibir la vitalidad y la capacidad de influencia del sector de las ONGs. Estas tendencias son a la vez causa y efecto de la debilidad histórica de la sociedad civil en muchas partes del mundo.” USAID, Core Report of the New Partnerships Initiative, págs. 1-9 (Borrador, 21 de julio, 1995).

<sup>23</sup> Aunque el interés del Banco Mundial está orientado primordialmente hacia el desarrollo económico ampliamente entendido, debe aceptarse que las consideraciones económicas pueden no ser las determinantes en la configuración de las leyes sobre las ONGs en un país dado. “El espacio del que gozan las ONGs en un país cualquiera está determinado en primer lugar y por encima de todo por razones de índole política, más que por los cálculos de las contribuciones de las ONGs al desarrollo económico y social.” Michael Bratton, The Politics of NGO-Government Relations in Africa, World Development 17(4) (citado en John Farrington & David Lewis (eds.), Reluctant Partners: Nongovernmental Organizations, the State, and Sustainable Agricultural Development (Routledge, 1993).

<sup>24</sup> Artículo General de la Resolución 217 (1948). La libertad de asociación se encuentra también, si bien de manera implícita, en la libertad de religión, que es asimismo protegida por la Declaración Universal y por el Convenio Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, el derecho a unirse en una asociación sindical, protegido bajo el Artículo 22 del mismo Convenio en cuanto derecho civil, y no solamente derecho económico, es otro ejemplo de la libertad de asociación.

<sup>25</sup> Uno de los corolarios más importantes de la libertad de asociación es la libertad de no asociarse. Por regla general, ninguna persona puede ser compelida a hacerse parte o a permanecer como miembro de una asociación.

<sup>26</sup> Las preguntas claves más probables en un caso concreto son, en primer lugar, si hay o hubo una amenaza real a la seguridad nacional, la seguridad pública o la salud o la moral públicas y, en segundo lugar, si las medidas adoptadas fueron razonables y proporcionales, o innecesarias y excesivas.

<sup>27</sup> El Comité de los Derechos Humanos no ha emitido opinión general sobre el Artículo 22 y la jurisprudencia sobre la materia es escasa. En *M.A. v. Italy* (1984), Communication No. 117/1981, 1 Sel. Dec. del Comité de los Derechos Humanos 31-33 (1990), el Comité defendió el derecho del Estado a prohibir la formación de partidos políticos fascistas.

<sup>28</sup> “Las garantías del Artículo 22 cubren un amplio espectro del derecho de asociación(...) el ejercicio de este derecho presupone la autorización de un cierto grado de actividades concertadas; de lo contrario no podrían alcanzarse sus propósitos.” *J.B. et al. v. Canada*, Communication No. 118/1982, 2 Sel. Dec. of the Human Rights Com. 38 (1990) (salvamento de voto de Rosalyn Higgins, Rajsoom Lallah, Andrea Mavrommatis, Torkel Opsahl y S. Amos Waco).

<sup>29</sup> De acuerdo con el Artículo 25, una ONG puede presentar una petición en calidad de víctima de una violación de la Convención. En *Lavissee v. France*, Appl. No. 14223/88, 70 Decisions & Reports, págs. 218, 237, la Comisión Europea para los Derechos Humanos estableció que cuando se impedía a una organización el desarrollo de sus objetivos legales, mediante la negativa a dejarla registrarse, ello constituía una interferencia con la libertad de asociación.

<sup>30</sup> Artículo 10 (1): “Todo individuo tendrá el derecho de asociarse libremente siempre y cuando se someta a la ley.”

<sup>31</sup> La Ley Fundamental saudita es una excepción en cuanto no reconoce la libertad de asociación. El Artículo 33 de la Constitución de Turquía dispone que las asociaciones deben recibir aprobación gubernamental antes de su formación. La Constitución ucraniana garantiza en su Artículo 36 la libertad de asociación para las asociaciones públicas y los partidos políticos exclusivamente. En contraste, la Constitución de Filipinas estimula explícitamente el desarrollo y la participación de las ONGs en todas las instancias de toma de decisiones del país. Lo mismo sucede con las constituciones de Bolivia, Brasil y Colombia.

<sup>32</sup> La Constitución de Egipto, por ejemplo, establece en su Artículo 55: “Los ciudadanos tendrán el derecho a formar las sociedades definidas en la ley. Está prohibido el establecimiento de sociedades cuyas actividades sean hostiles al sistema social, sean clandestinas o tengan un carácter militar.” La Ley 32 de 1964 desarrolla esta disposición constitucional ordenando, en su Artículo 2, que: “Toda sociedad que viole la moral o el orden público o que sea establecida por razón o para objetivos ilícitos o cuyo propósito desestabilice la seguridad de la República o la forma republicana de su sistema social, será nula.”

La Constitución alemana garantiza la libertad de asociación a las entidades legales en la medida en que actúen de conformidad con la ley. Véase GG, Art. 19, inciso 3.

<sup>33</sup> Podría argüirse que, si bien la democracia no es indispensable para la existencia de un sector de ONGs sólido, dinámico e independiente, la existencia de dicho sector es esencial para el éxito de la democracia en el largo plazo. Además, un sector fuerte y vigoroso de ONGs

puede ser necesario en una democracia para permitir que los grupos minoritarios escapen a un exagerado mandato de las mayorías (majoritarianism).

<sup>34</sup> En una sociedad democrática, las ONGs dotan a los individuos y a los grupos de individuos con la capacidad de realizar intereses y metas que no son compartidos por la mayoría de la población, y proveer a sí mismos de bienes y servicios por los cuales las mayorías no están dispuestas a pagar.

<sup>35</sup> Desafortunadamente, muchas de las agencias gubernamentales que financian las ONGs para que ofrezcan importantes servicios sociales no ejercen supervisión eficaz sobre la calidad y la efectividad de los servicios ofrecidos. Véase, Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (CESAP), Fiscal Incentives and Other Measures to Support the Growth and Viability of NGOs for HRD, pág. 27 (1994) (de ahora en adelante citado como CESAP, Fiscal Incentives). En Hong Kong, sin embargo, las ONGs deben cumplir estándares específicos y el gobierno vigila celosamente los resultados y el desempeño de las ONGs como precondition para el otorgamiento de fondos adicionales.

<sup>36</sup> Lamentablemente, la corrupción también tiene ocasionalmente lugar en la selección de las ONGs. Véase CESAP, Fiscal Incentives, págs. 27-28 (1994).

<sup>37</sup> En Hong Kong todos los servicios reconocidos de bienestar social, rehabilitación y desarrollo comunitario manejados por ONGs son financiados por el gobierno. En la India, el actual plan de desarrollo contempla la formación de alianzas entre gobiernos y ONGs para la aplicación de programas de alivio de pobreza y reconoce explícitamente que las ONGs pueden servir de catalizadoras y pueden organizar los beneficiarios, involucrar la gente en la planeación y el desarrollo y proveer el apoyo necesario para hacer del desarrollo una realidad. En Malasia, en contraste, existen pocos trabajos en colaboración entre el gobierno y las ONGs y prácticamente no hay participación de las ONGs en la planeación, la ejecución o la evaluación de los programas nacionales de desarrollo social. “Persiste(...), en general, una carencia de acuerdos efectivos de trabajo entre las organizaciones del gobierno y las ONGs en muchos países del CESAP (Asia y el Pacífico).” CESAP, Fiscal Incentives, págs. 14, 27 (1994).

<sup>38</sup> Es también cierto que, en muchos casos, las ONGs son más eficientes que las organizaciones de la empresa privada. Como los individuos que trabajan para las ONGs demandan y perciben ordinariamente menor remuneración que los que ocupan posiciones comparables en el sector con ánimo de lucro, los costos de las ONGs pueden ser inferiores. Además, muchas ONGs se benefician de los servicios de voluntarios y reciben con frecuencia contribuciones, en dinero o en especie, para desarrollar sus actividades. Por último, una ONG que está exenta del impuesto sobre la renta tiene una posición ventajosa con respecto a la empresas del mismo sector que sí son sujetos gravables.

<sup>39</sup> Un ejemplo ampliamente citado es el de la asociación entre el gobierno y las ONGs en el Janasaviya Trust Fund en Sri Lanka. Entre 1991 y 1994 esta alianza atrajo dineros del gobierno y de fuentes privadas para que asignara fondos a pequeños proyectos y organizaciones de base. Sus objetivos eran los de promover empleo a través de programas de trabajo rural, influir en el desarrollo de los recursos humanos de los beneficiarios, apoyar el desarrollo institucional de las organizaciones socias de él, mejorar la nutrición de niños y de mujeres embarazadas y lactantes, y ofrecer crédito para proyectos de generación de ingresos. CESAP, Fiscal Incentives, pág. 37 (1994). Para un planteamiento más general, ver Lester M. Salamon & Helmut K. Anheier, The Emerging Sector: An Overview (The Johns Hopkins

University Institute for Policy Studies, 1993) (de aquí en adelante citado como Emerging Sector).

<sup>40</sup> En Hong Kong la mayoría de las ONGs derivan entre 70 y 80 por ciento de sus ingresos de financiación pública directa. En Singapur el gobierno presta asistencia a las ONGs en la contratación de personal, les asigna edificios públicos en desuso bajo cánones de arrendamiento meramente nominales, ayuda a las ONGs a conseguir espacios en los inmuebles destinados a la vivienda y financia hasta el 50% de los costos corrientes y de capital de los inmuebles que las ONGs manejan con propósitos de bienestar social.

En contraste, en países tales como Laos y Mongolia, que están experimentando severos cortes en los gastos públicos, ONGs que han sido tradicionalmente financiadas por el estado están sufriendo estrecheces. CESAP, Fiscal Incentives, pág. 28 (1994).

<sup>41</sup> Véase, Karla W. Simon, Privatization of Social and Cultural Services in Central and Eastern Europe: Comparative Experiences, 13 B.U. International Law Journal 383 (1995).

<sup>42</sup> “Es importante que los gobiernos aprecien (...) que las ONGs (...) tienen una función de vigilancia que puede crear fricciones con las agencias gubernamentales. En cumplimiento de esta función, las ONGs pueden llegar a desempeñar un papel valioso en la identificación de problemas de funcionamiento de las agencias gubernamentales cuyo sistema propio de vigilancia puede no estar operando eficientemente, y pueden también abrir un espacio de ventilación de la inconformidad – cuando quiera que el proceso político no consigue satisfacer las expectativas de la gente. En otorgándoles (...) un status legal, se da también a las ONGs las muy necesarias garantías formales con respecto a su posición política. Tal procedimiento puede preparar el escenario para operaciones constructivas por parte de las ONGs, tanto en la “provisión de servicios” como en la “defensa de intereses”, dentro de un clima conducente a la cooperación entre gobiernos y ONGs.” CESAP, Fiscal Incentives, pág. 16 (1994).

<sup>43</sup> John D. Clark, NGOs and the World Bank, World Bank, 1996.

<sup>44</sup> Esto puede llevar a intentos inapropiados por parte de los gobiernos para crear un sistema especial de registro y procedimientos particulares de control sobre las ONGs de desarrollo. Véase la Nota 79, más adelante.

<sup>45</sup> Hay, por ejemplo, alrededor de 200.000 entidades de caridad registradas en Inglaterra y más de un millón entidades “de caridad pública” (“public charities”) que califican para el tratamiento de la Sección 501(c)(3) de la legislación del impuesto sobre la renta (Internal Revenue Code) en los Estados Unidos.

<sup>46</sup> Robert D. Putnam, Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy, Princeton University Press, 1993:

*“...el civismo contribuye a explicar la economía y no a la inversa(...) Las tradiciones cívicas resultan ser uniformemente un poderoso factor para predecir(...) el desarrollo socioeconómico(...) El civismo es realmente un factor más significativo para predecir mejor el desarrollo socioeconómico que el desarrollo mismo(...) En síntesis, la economía no predice el civismo sino que el civismo predice la economía mejor que la economía misma.”* (págs. 154-157).

<sup>47</sup> Francis Fukuyama, Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity, pág. 49 (1995). Quizás las economías de acelerado crecimiento del Lejano Oriente ofrezcan pruebas de que las democracias de tipo Occidental y el respeto por los derechos humanos no son indispensables para el crecimiento económico. Lo que no puede sostenerse es que sea

posible alcanzar el desarrollo económico sin estabilidad social, confianza pública en las instituciones, una amplia gama de redes informales y el Estado de Derecho, todos los cuales son virtudes cívicas alimentadas por un dinámico sector de ONGs.

<sup>48</sup> Véase The Emerging Sector, op. cit. supra, pág. 3.

<sup>49</sup> Adil Najam, del Instituto Tecnológico de Massachusetts, ha compilado una lista de 45 términos que han sido utilizados en la literatura especializada para describir las ONGs. Véase el Apéndice V.

<sup>50</sup> Véase OD 14.70, Involving Nongovernmental Organizations in Bank-Supported Activities, No. 2 (Agosto de 1989).

<sup>51</sup> Véase, NGO Unit, The World Bank's Partnership with Nongovernmental Organizations, pág. 6 (The World Bank; borrador de enero de 1996).

<sup>52</sup> Véase OD 14.70, op. cit. supra, nota 50.

<sup>53</sup> Según se discute más adelante en la Sección 3-a, existen fundamentadas razones para establecer una ONG como persona jurídica y también para no constituir la como tal. Muchas, quizás la mayoría, de las organizaciones que comúnmente se denominan “ONGs” no son nunca establecidas como personas jurídicas. Su marco jurídico de protección no estriba en las leyes especiales sobre ONGs –las cuales son el objeto de este Manual– sino en las leyes generales que protegen las personas y que incluyen los derechos de libertad de reunión, de asociación y de expresión.

<sup>54</sup> Lo que no significa que las cooperativas que tienen ánimo de lucro no sean importantes figuras jurídicas para proyectos de desarrollo económico y social.

<sup>55</sup> El vocablo “iglesia” se utiliza para referirse a una organización cuyo propósito principal es promover, estimular u organizar el culto o la educación religiosos.

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, las leyes de Ecuador distinguen entre personas jurídicas sujetas a las leyes generales sobre ONGs (sociedades, fundaciones) y personas jurídicas sometidas a normas especializadas (comunidades campesinas, sindicatos y asociaciones de profesionales, cooperativas, asociaciones de beneficio mutuo, asociaciones de bolsas de valores, cooperativas de crédito, partidos políticos, universidades públicas).

<sup>57</sup> Dentro de esta terminología, el sector empresarial constituye el primer sector y el gobierno el segundo sector. Hay quienes sostienen que existe un cuarto sector, formado por la familia y las relaciones informales de los grupos o las comunidades (v.gr., barrios, clubes de bridge, etc.).

<sup>58</sup> Tal es el origen del término “organización de la sociedad civil” u OSC. Mucho arguyen, sin embargo, que este uso circunscribe excesivamente la sociedad civil a las instituciones formales sin ánimo de lucro, con exclusión de otras entidades formales e informales que median dentro y entre las personas, el Estado y el sector con ánimo de lucro. Véase, por ejemplo, John Keane, Democracy and Civil Society, Londres (1988).

<sup>59</sup> La definición adoptada por este Manual es similar pero no idéntica a la empleada en el proyecto de la Universidad Johns Hopkins para construir el “mapa” del sector sin ánimo de lucro. Aquel estudio incluye solamente organizaciones: (i) formalmente constituidas, (ii) privadas, (iii) que no distribuyen utilidades, (iv) auto-gobernadas, (v) voluntarias, (vi) no religiosas, y (vii) no políticas. Véase The Emerging Sector, op. cit. nota 20, en las págs. 14-16. Algunas de las diferencias con la definición de este Manual son las siguientes: la definición de

la Johns Hopkins incluiría organizaciones que tienen “algún grado de realidad institucional” y no distribuyen utilidades; la definición empleada aquí incluiría sólo organizaciones que sean entidades jurídicamente reconocidas y a las que la ley les prohíbe distribuir utilidades como tales. Por lo demás, la definición empleada aquí no requeriría un elemento de voluntariado en el sentido de trabajo no remunerado.

<sup>60</sup> Véase la Ley 19.836, Artículos 23-27.

\* También denominadas en este trabajo organizaciones “de membresía” (membership organizations) o “de no-membresía” (non-membership organizations). Esta distinción se refiere a la dirección y al control que los propios miembros de la organización ejercen o no sobre ella, y no a su carácter más o menos abierto o cerrado. (N. del T.)

\*\* Es decir, por cooptación (N. del T.)

<sup>61</sup> Para la mayoría de los sistemas de derecho civil una fundación es lo que se conoce en los Estados Unidos como una fundación “operadora” (“operating” foundation). Bajo ciertos sistemas de derecho civil, como el de Alemania, una fundación puede ser constituida con fines privados o con fines públicos. Algunos sistemas de derecho civil (v.gr., Argentina) exigen que el patrimonio inicial de la fundación sea suficiente para el logro de sus objetivos.

<sup>62</sup> Así, según las leyes de Gambia, como bajo las leyes de muchos otros países del Commonwealth Británico, una entidad constituida para promover el comercio, las artes, las ciencias, la religión, la caridad o cualesquiera otro propósito útil, y que pretende destinar sus utilidades, si existieren, u otros ingresos a la promoción de sus objetivos –y no a la distribución de dividendos– puede ser establecida como compañía sin ánimo de lucro de responsabilidad limitada. En Japón, que es un país de derecho civil, *koeki hojin* (las entidades de interés público) incluyen las fundaciones y las asociaciones constituidas sin ánimo de lucro.

<sup>63</sup> Una investigación independiente sobre el manejo de las ONGs en Inglaterra, llevada a cabo por la Federación Nacional de Asociaciones de Vivienda (National Federation of Housing Associations) y conocida como “The Hancock Inquiry”, concluyó que: “el efecto de las estructuras de membresía sobre la rendición de cuentas es en gran medida ilusorio, y por ello recomendamos que las Asociaciones empleen mecanismos de membresía semejantes a los de los socios en las sociedades por acciones (shareholding membership mechanisms), que son más explícitos en cuanto a su propósito.” Véase Lawrence Holden, “Charities and Governance: A Study in Evolution”, 4 Charity Law & Practice Rev. 27, 39 (1996).

<sup>64</sup> Se suele requerir un mayor número de individuos o personas naturales para constituir una asociación. Así, la Ley No. 32 de Egipto requiere cuando menos diez personas para formar una asociación; en Rumania se exigen 21; en Costa Rica se demanda un número mínimo de 10 personas; en Ecuador, es suficiente un número de cinco; mientras que en India, Nepal y Pakistan se requieren siete.

\* Los juristas advertirán aquí una referencia implícita a la Pirámide de Kelsen y a la diferencia entre ley en sentido material y ley en sentido formal. El lector ha de advertir que –si bien los reglamentos y resoluciones son normas de jerarquía inferior a la ley o al decreto con fuerza de ley– sí constituyen normas de obligatorio cumplimiento, y sus disposiciones deben ser observadas mientras tengan vigencia y no sean objeto de una excepción de legalidad o de constitucionalidad. (N. del T.)

\*\* Los juristas formados en sistemas de raigambre continental (por contraposición al derecho consuetudinario de las islas británicas) reconocerán aquí una referencia implícita a la facultad del juez de aplicar la excepción de legalidad. (N. del T.)

\*\*\* En realidad, en todos o casi todos los países de habla hispana el poder reglamentario es potestad propia del Ejecutivo, generalmente consagrada en la Constitución o Carta Fundamental. Es facultad que reposa en cabeza del Presidente y su ejercicio no requiere del otorgamiento de facultades por parte del Legislativo. Cosa distinta es que algunas leyes dejen un margen más amplio que otras a la reglamentación presidencial; o que el Legislativo pueda, excepcionalmente, otorgar facultades extraordinarias al Presidente para que el gobierno dicte decretos con fuerza equivalente a la de una ley. Ahora bien, las resoluciones, las órdenes y las otras medidas que expidan los ministerios u otras entidades del Poder Ejecutivo deben estar conformes con la ley y con sus decretos reglamentarios. Así lo indica, nuevamente, la famosa Pirámide de Kelsen. (N. del T.)

\* Los orígenes de la expresión parecen remitirse a las cartas de navegación, las cuales son un excelente símil funcional del papel que cumplen los estatutos. (N. del T.)

\*\* “Governing documents” en el original en Inglés. El vocablo más usual en Español es el de “estatutos” (N. del T.)

\*\*\* “Establishment”, en el original en Inglés (N. del T.).

<sup>65</sup> Quizás la ley más liberal en este respecto es la de África del Sur, que autoriza formar una asociación de voluntarios sin que medie registro o acto notarial y que otorga personería jurídica y responsabilidad limitada sin necesidad de un proceso formal.

<sup>66</sup> La vida legal de una ONG recorre de ordinario varias etapas, según se presenta a continuación:

Formación → Solicitud → Constitución Jurídica → Existencia  
Terminación → Liquidación → Disolución.

De acuerdo con la mayor parte de las leyes sobre ONGs, la entidad debe ser formada con anterioridad a la presentación de la solicitud de constitución. Ello significa generalmente que los fundadores deben haber celebrado una reunión de organización y que una junta directiva ha sido escogida. Una vez la ONG sea formada debe presentarse una solicitud. Naturalmente, un cierto lapso de tiempo transcurre entre la solicitud y la aceptación por parte de la agencia competente; el ideal es que este lapso se mantenga tan breve cuanto fuere posible. De acuerdo con la técnica jurídica, la organización sólo alcanza existencia legal cuando la solicitud ha sido aprobada y, en muchos sistemas, sólo cuando el nombre de la organización ha sido formalmente incluido en un registro de ONGs. Una vez registrada, la existencia legal de la organización puede retrotraerse para ciertos propósitos hasta la fecha de su creación o hasta la fecha en la cual se presentó la solicitud. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento para espacios de oficina suscrito después de la formación de la ONG pero antes de su constitución puede ser considerado como una obligación legal de la ONG, una vez ésta ha sido formalmente constituida.

Muchas ONGs tienen existencia a perpetuidad. Las que terminan siguen generalmente tres etapas. Primero, se toma la decisión (voluntaria o involuntaria) de terminar la organización. A esta decisión sigue ordinariamente un período de liquidación durante el cual se concluyen los asuntos o negocios de la ONG. Una vez se han concluido todos los negocios y actividades de la ONG, o ésta se encuentra exenta de responsabilidad con respecto a ellos, la ONG es disuelta y sus activos remanentes se distribuyen de acuerdo con la ley. La ONG

continúa teniendo existencia legal a lo largo de todo el período que va de la terminación a la liquidación y a la disolución, si bien sus facultades están frecuentemente recortadas.

Como es natural, distintos sistemas jurídicos emplean distinta terminología para las etapas que acaban de describirse. El propósito de esta presentación se limita a transmitir los conceptos comunes a la mayoría de los sistemas legales.

\* Internal Revenue Code (N. del T.).

<sup>67</sup> De acuerdo con la ley argentina para fundaciones, dirección y administración deben ser confiadas a un Consejo de Administración. Este Consejo debe estar conformado por un mínimo de tres miembros; pero los miembros pueden ser instituciones públicas u ONGs, y no sólo personas naturales. También se requiere un Comité Ejecutivo. Ley 19.836, Artículo 10. Según la Ordenanza de Regulación y Control de las Agencias de Bienestar Social (Social Welfare Agencies Regulation and Control Ordinance) de 1961 de Pakistán, debe designarse un comité de dirección de 15 personas.

<sup>68</sup> De conformidad con el Artículo 588 del Código Civil de Ecuador, la mayoría de los miembros con poder de voto conforman la “sala” o reunión legal de la “corporación”. Bajo el Código Civil de Paraguay, una asociación es dirigida por uno o más directores designados por la Asamblea de miembros. Véase el Artículo 105. Y el Artículo 106 agrega que las partes interesadas pueden presentar peticiones ante los jueces para llenar las vacantes que se presenten entre los directores, y que los jueces pueden designar personas que no sean miembros cuando concluyan que ninguno de los miembros tiene la competencia para desempeñar el cargo.

<sup>69</sup> De acuerdo con el Artículo 10 del Código Civil de Chile, los miembros de la Junta Directiva de una asociación son elegidos en la reunión anual de la Asamblea General Ordinaria. Bajo el Artículo 14, la función de los miembros de la junta es dirigir la corporación y administrar sus activos; presentar reportes a la Asamblea General Ordinaria; someter a la aprobación de la Asamblea General Ordinaria propuestas, un presupuesto y otros asuntos que son necesarios para el funcionamiento de la corporación.

\*\* "Tax preferences", en el original en Inglés. (N. del T.)

\*\*\* Se refiere al arrendamiento de bienes de capital, conocido generalmente bajo el vocablo inglés de "lease". (N. del T.)

<sup>70</sup> Algunos países de derecho civil han considerado pertinente limitar el valor de la propiedad que puede ser poseído por una persona jurídica a la suma necesaria para satisfacer el objetivo preciso para el cual ha sido constituida. Así, en Mauritius una ONG sólo puede poseer la propiedad requerida por el giro ordinario de sus operaciones; se necesita del consentimiento expreso del Legislativo para poseer o adquirir propiedad adicional. En Madagascar, las donaciones y los legados a una ONG deben ser aprobados por el Consejo de Ministros y una ONG no puede poseer bienes que no se necesiten para la realización de sus propósitos sin ánimo de lucro. No son prácticas sanas las restricciones de los derechos y de las facultades de las ONGs que vayan más allá de las reglas corrientes del derecho civil, y que sean diseñadas para cohibir las actividades de las ONGs.

\* Institución similar a los cabildos, los concejos (generalmente escritos así, con “c”) municipales u otras instituciones equivalentes, característicos de las municipalidades iberoamericanas. (N. del T.)

<sup>71</sup> Se crean conflictos y confusiones cuando las ONGs pueden establecerse indistintamente en el nivel nacional o en el nivel local. Así ha sucedido efectivamente en Las Filipinas y en El Salvador, países que permiten a las ONGs constituirse en el nivel nacional o en el nivel local (en el caso de El Salvador, de acuerdo con disposiciones especiales del Código Municipal).

<sup>\*\*</sup> “... fall between the cracks”, en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>\*\*\*</sup> El original en Inglés emplea el término “conflict of laws”, el cual denota una materia y un concepto precisos y de amplia trayectoria en países anglosajones.

<sup>72</sup> Así lo hizo explícito una ley francesa de 1901 que todavía rige en varios países africanos.

Cuestiones legales muy importantes brotan en conexión con el ejercicio de las libertades de asociación y de expresión por parte de individuos, de manera informal y sin que medie la formación de una entidad legal separada e independiente. Así, el llamado “discurso del odio” (en Inglés, “hate speech”) puede ser prohibido, o los permisos para desfiles o manifestaciones pueden ser denegados a grupos opositores de las políticas gubernamentales. Estas son cuestiones difíciles, complejas y de importancia crucial en toda sociedad; pero escapan a los alcances de este Manual.

<sup>73</sup> No toda entidad con apariencia de ONG es una persona jurídica separada. En la isla de Mauritius los individuos pueden formar una asociación de “derecho común”, sin necesidad de aprobación gubernamental; pero tal organización no tiene una personería jurídica independiente de la de sus fundadores. En Francia se puede formar una “sociedad de participación” sin necesidad de constituirla formalmente o aún sin documento escrito; pero tal “sociedad” no es considerada persona jurídica independiente.

<sup>74</sup> Hay países en los que no existe ninguna claridad sobre cuáles son las leyes que rigen la constitución de una ONG. Así, en Sri Lanka, las ONGs pueden registrarse bajo la Ley de Organizaciones de Servicio Social Voluntario (Registro y Supervisión) de 1980 (Voluntary Social Services Organization (Registration and Supervision) Act of 1980); pero no se ordena ninguna sanción para quienes omitan el registro de acuerdo con lo previsto en esta Ley. Algunas ONGs han sido también constituidas de conformidad con la Ley de Compañías (Companies Act), la Ordenanza de Sociedades de Mutualidad (Mutual Societies Ordinance), la Ordenanza de Fiducias (Trust Ordinance) o bajo las disposiciones del Ministerio de Finanzas, que permiten el registro en cuanto “entidad de caridad aprobada” (approved charity). Como resultado, ninguna agencia del gobierno tiene una lista comprensiva de las ONGs que trabajan en Sri Lanka. ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 17 (1994). Esta publicación observa también que “el 60 por ciento de las organizaciones de base existen únicamente en el papel” y recomienda que los problemas del registro inconexo sean resueltos “mediante la adopción de procedimientos efectivos de registro (de constitución jurídica)”. Id.

<sup>75</sup> “Dentro del contexto de descentralización ('devolution and decentralization', en el original en Inglés, N. del T.) de la autoridad y de las responsabilidades del gobierno, que está en curso en muchos de los países en desarrollo de la ESCAP (Asia y el Pacífico), las ONGs dirigen cada vez más su atención a la colaboración activa con el gobierno local”. ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 44 (1994).

<sup>76</sup> Podría existir una diferencia entre las normas sobre contratos y las normas sobre negligencia en este respecto.

<sup>77</sup> Así, una ONG sólo puede ser constituida en Argentina, Ecuador, Japón, Malawi, la República de Korea y Taiwan si el ministerio competente decide que los objetivos para los

cuales se ha formado la ONG corresponden al interés general o coinciden con el bienestar público. En Vietnam, un decreto presidencial que se remonta a 1957 exige que las asociaciones reciban permiso con el objeto de asegurar que se constituyen “para proteger la constitución de asociaciones que tienen propósitos legítimos y proteger y consolidar el sistema democrático orientado en beneficio del pueblo.” En cumplimiento de la Ley No. 32 y el Decreto Presidencial No. 932 de 1966, Egipto requiere que una ONG obtenga aprobación del Ministerio de Asuntos Sociales, el ministerio competente en el campo de acción propuesto por la ONG y el Departamento de Seguridad del Estado, aunque todas estas decisiones están sujetas a revisión judicial.

<sup>78</sup> “Para asegurar que una ONG funcione efectivamente, es menester que los gobiernos controlen su propia tentación de influir o de otra manera participar ellos mismos en los asuntos de las ONGs(...). Por lo tanto, los propios gobiernos tienen interés en estimular las actividades de las ONGs sin restringir su accionar independiente.” ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 4 (1994).

<sup>79</sup> Regímenes regulatorios especiales para el desarrollo de las ONGs han sido establecidos o están siendo establecidos en varios países africanos (Etiopía, Kenia, Madagascar, Ruanda, Uganda y Zimbabwe). De conformidad con estos regímenes, las ONGs deben registrarse ante uno de los ministerios existentes o ante una nueva comisión, los cuales deben aprobar sus actividades. Si bien esta exigencia se justifica desde el punto de vista de la necesidad de coordinar el desarrollo para evitar duplicidades y conflictos, la verdad es que estos regímenes son esquemas tenuemente disfrazados para ejercer estricto control sobre el desarrollo de las ONGs, posiblemente enderezados a prevenir que ellas compitan con el gobierno por fondos de asistencia o cooperación. Esta situación es patéticamente ilustrada por los ejemplos de Uganda y Etiopía. En Uganda una ONG no puede ser registrada hasta que su plan escrito ha sido aprobado por funcionarios locales, el Administrador de Distrito (District Administrator), dos fiadores aceptables a los ojos de la Junta Nacional para las ONGs (National Board for NGOs) y dos “promotores”. Una vez se han conseguido estas aprobaciones, el plan de trabajo debe ser adicionalmente aprobado por el Ministerio de Planeación y Desarrollo. En Etiopía, la Comisión de Socorro y Rehabilitación (Relief and Rehabilitation Commission, RRC) no permite la constitución de una ONG mientras no exista necesidad de tal organización. Si la RRC resuelve que una ONG ha dejado de ser útil en una determinada área geográfica, puede exigirle que se desplace a otra área. Un plan de trabajo detallado y un convenio deben ser aprobados por la RRC antes de que una ONG pueda establecerse.

Fuera de Africa, regímenes especiales han sido establecidos o están siendo establecidos para las organizaciones de ayuda humanitaria en Croacia y en Bosnia.

<sup>80</sup> Algunos sistemas jurídicos permiten que ciertos tipos de ONGs existan solamente para fines especializados. Por ejemplo, sólo sería posible utilizar la forma de una fundación para constituir una entidad que otorga o transfiere recursos. En tales casos, sería plausible que se requiriese una dotación o un patrimonio mínimos para la creación de una fundación siempre y cuando hubiere otras formas u otros tipos de entidad legal susceptibles de ser adoptados por aquellos que desean formar una ONG para otros propósitos.

\* El “market place” en el original en Inglés. La expresión “market place”, entre comillas, se emplea para subrayar que no se trata propiamente de un mercado; pero que, de manera semejante al mercado, las mejores iniciativas o propuestas encontrarán más respaldo que otras. (N. del T.)

<sup>81</sup> Según se arguye en la Sección 3 (d) más abajo, los fundadores de una ONG deberían poder optar por dar una vida limitada a la ONG si así lo desearan. Por ejemplo, los individuos que crean fundaciones que otorgan o transfieren recursos estipulan a veces que la totalidad de los recursos deben ser desembolsados dentro de un número determinado de años (v.gr., 50) contados a partir de la creación de la fundación.

<sup>82</sup> En Egipto una ONG queda automáticamente disuelta cuando la asamblea general no se ha reunido durante dos años consecutivos.

\*\* Los juristas reconocerán aquí la figura conocida como “el silencio administrativo positivo”, de origen francés pero incorporada ya en la mayoría de los sistemas jurídicos iberoamericanos. (N. del T.)

<sup>83</sup> Las leyes de Kenia sobre ONGs no prescriben un lapso de tiempo para que se responda a una solicitud de constitución. Bajo la ley china, la aprobación o la negación deben pronunciarse dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la solicitud; pero la ley no insta la aprobación en caso de silencio de la agencia estatal, una vez vencidos estos treinta días. Camerún instituyó un límite de tiempo en 1990; pero las ONGs autorizadas por el mero transcurso del tiempo límite han tropezado con dificultades para demostrar su existencia a los donantes, habida cuenta de que éstos desean ver ordinariamente un documento oficial que declare establecida la ONG.

\* “Umbrella groups”, en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>84</sup> El Código Civil de Vietnam permite la formación de personas jurídicas por parte de “individuos, organizaciones económicas, organizaciones políticas, organizaciones sociopolíticas, organizaciones sociales, organizaciones socioprofesionales, fondos sociales, fondos de bienestar, o mediante decisiones de las autoridades.” Falta ver si esta autorización permite también la formación de ONGs por parte de otras ONGs.

\*\* El original en Inglés emplea la expresión “market place”, entre comillas, para subrayar que no se trata propiamente de un mercado; pero que, de manera semejante al mercado, las mejores iniciativas o propuestas encontrarán más respaldo que otras. (N. del T.)

\*\*\* “Offices of the attorneys general” en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>85</sup> De hecho, la Comisión de Industria de Australia (Australian Industry Commission), que llevó a cabo un estudio de grande envergadura sobre el sector de caridad en ese país, rechazó el modelo inglés de Comisión de Entidades de Caridad con fundamento en que:

*“(N)o son convincentes las razones para la creación de una agencia nacional de vigilancia (national monitoring agency).... Muchos de los supuestos beneficios, tales como mayor uniformidad en el régimen de regulación o mayor coordinación y consistencia en la recolección de información, pueden alcanzarse de manera más simple y a menor costo mediante una cooperación intergubernamental más amplia y mediante disposiciones regulatorias más específicas.” Industry Commission, Charitable Organizations in Australia, Reporte No. 45 (1995).*

<sup>86</sup> Las leyes de Mauritius disponen lo contrario. Cuando el propósito para el cual se creó una fundación no pueda conseguirse más, se revierte automáticamente la donación al fundador o sus herederos. En Taiwan los bienes revierten al Estado.

\* Esta traducción emplea la expresión poder (o rama) “judicial” incluyendo el equivalente poder (o rama) “jurisdiccional” de algunos países hispanos. (N. del T.)

<sup>87</sup> Existen registros oficiales nacionales en Egipto, los Emiratos Arabes Unidos y Siria. Ver Amani Kandil, Civil Society in the Arab World, CIVICUS, pág. 32 (1995).

<sup>88</sup> De acuerdo con la Ley 32 de Egipto, el Ministerio de Asuntos Sociales (Ministry of Social Affairs) puede ordenar la fusión de dos o más ONGs que operan en el mismo campo.

<sup>89</sup> El Código Tributario (Internal Revenue Code) de los Estados Unidos fue modificado recientemente para incluir en él un impuesto sancionatorio (penalty tax) cuando una persona de una entidad de caridad pública o de una organización de bienestar social (v.gr., un directivo o un funcionario): (i) recibe remuneración o indemnización desproporcionada; (ii) vende, compra o transfiere propiedad a o de la organización por valores distintos al justo precio del mercado; o (iii) participa de una negociación financiera bajo la cual esa persona recibe un porcentaje de los ingresos de la organización. Tales personas quedan sujetas a una tarifa sancionatoria inicial del 25% de la suma en cuestión y a una tarifa del 200% cuando la violación no es corregida. Véase la Sección 4958 del Código Tributario. Con anterioridad a la aprobación de estas sanciones intermedias, la única sanción por abusos de este tipo era la descalificación de la organización (es decir, la pérdida de la condición de entidad exenta) – una sanción que rara vez se utilizaba, por ser desproporcionada y porque tenía efectos sobre un objetivo equivocado.

<sup>90</sup> En contraste con esta propuesta, la Junta de Coordinación de ONGs (NGO Coordination Board) de Kenia, que tiene jurisdicción sobre las ONGs, puede cancelar o suspender la aprobación de una ONG, mediante notificación con 14 días de antelación, cuando se quebrantaren los términos y condiciones bajo los cuales se la constituyó – sin necesidad de permitir que se corrija la violación y sin recurrir inicialmente a unas sanciones intermedias. En Egipto, el Ministerio de Asuntos Sociales (Ministry of Social Affairs) puede disolver una ONG por cualesquiera violación legal o cancelar una decisión de la junta directiva de una ONG cuando quiera que considere que esta decisión es contraria a la Ley No. 32, si bien esa ONG puede recurrir contra tales decisiones ante los tribunales administrativos. En Bangladesh no se permite hasta ahora recurrir contra la decisión de dar por terminada una ONG; pero existe actualmente una propuesta para permitir recurrir contra ella.

<sup>91</sup> De acuerdo con el Artículo 60, numeral 1, del Código Civil de Bolivia, los estatutos de una asociación deben incluir su objetivo, su patrimonio, la fuente de sus donaciones y la estructura para su manejo y administración. El numeral 2 del mismo Artículo ordena que los estatutos determinen la condiciones que la asociación exige para la admisión y la exclusión de miembros y los derechos y obligaciones de éstos, como también los procedimientos para dar por terminada la asociación. El Código Civil de Ecuador otorga enorme libertad de acción a los miembros de una organización para fines de la redacción de sus estatutos; pero, una vez adoptados, los estatutos deben ser observados y se prevén sanciones para las desviaciones de los estatutos.

<sup>92</sup> En contraste con esta recomendación, todo indica que bajo las leyes de Uganda un funcionario de manejo o dirección de una ONG puede ser responsable del pago de una multa oficial a la ONG y puede también ser recluso en prisión hasta por doce meses si no la pagare.

<sup>93</sup> Con el aparente propósito de prevenir conflictos de interés, las leyes de algunos países prohíben que los miembros de las juntas directivas de una ONG pertenezcan también a la junta de otra ONG que opera en un campo similar. Si bien la participación en las juntas directivas de organizaciones que compiten entre sí puede colocar un directivo en situación de potenciales conflictos de interés, esta sola circunstancia no origina necesariamente un conflicto de interés. Y, si surgiere un conflicto, la solución consiste frecuentemente en que el

directivo involucrado lo revele a ambas organizaciones y se inhabilite a sí mismo para tomar parte en decisiones que podrían generar conflictos. La renuncia del directivo es sólo una solución de última instancia. La prohibición absoluta de participar en dos o más juntas de entidades que operan en campos similares es un buen ejemplo de una solución excesivamente simple para un conjunto de problemas sutiles y complejos. El Anteproyecto de Ley de Fundaciones del Perú, en contraste, refleja un enfoque mucho más sofisticado cuando intenta delinear situaciones susceptibles de engendrar conflictos.

<sup>94</sup> Así, varios países exigen que una persona elegida o nombrada para una elevada posición de gobierno renuncie a toda posición de funcionario o directivo de una organización, ya se trate de organización con o sin ánimo de lucro, que pudiera resultar afectada o beneficiada por las decisiones que esa misma persona podría tomar mientras desempeñe posición pública. Sea que la ley lo requiera o no, ésta es una práctica sana y evita un tipo de conflicto de interés que es de frecuente ocurrencia en muchos países.

\* El término "prestaciones sociales" incluye las ordenadas por la ley y otras adicionales. En esta Sección dicho término se refiere a las prestaciones extralegales para traducir el concepto de "fringe benefits" del original en Inglés. (N. del T.)

<sup>95</sup> "Razonable" es una expresión ampliamente utilizada y generalmente comprendida en el idioma Inglés y en los países de derecho consuetudinario. No es, sin embargo, un vocablo que tenga significado claramente establecido en los países de derecho civil. En aquellos países, el término más apropiado podría ser el equivalente en lenguaje local de "usual" o "acostumbrado". Esta es una ilustración más de cuán difícil es traducir a otros idiomas los conceptos expresados en este Manual. (El original se refiere a las traducciones del Inglés a otros idiomas. N. del T.)

<sup>96</sup> Es aceptable en algunas culturas que los miembros de la junta directiva reciban pagos por concepto de "viáticos" o "gratificaciones" (en Brasil, "jetons") cuando participan en las reuniones de la junta, sin que sea necesario que demuestren los gastos en que efectivamente han incurrido.

\* "Public disclosure" en el original en Inglés. (N. del T.)

\*\* "Self-dealing" en el original en Inglés. (N. del T.)

\*\*\* "... at arm's length" en el original en Inglés. (N. del T.)

\*\*\*\* "... fair market value" en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>97</sup> Por ejemplo, las leyes de Malawi sólo permiten que las personas que han recibido encargo fiduciario de una organización (son por lo tanto "trustees" de esa organización) compren algo de ella cuando existe certificación previa de que el precio de esta compraventa es el más alto que la ONG podría conseguir en el mercado.

<sup>98</sup> Procedimientos similares se observan ordinariamente para los casos de reelección de un miembro actual de la junta.

<sup>99</sup> Las leyes de Uganda sobre ONGs no hacen referencia a la ausencia de ánimo comercial o de lucro como aspecto primordial de una ONG. Por el contrario, en el mundo árabe, las leyes sobre ONGs reconocen generalmente que éste sí es un elemento importante de una ONG.

\* "... advocacy activities" en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>100</sup> De conformidad con lo discutido más arriba, hay razones de peso para sostener que las ONGs deben gozar de derechos tales como la libertad de expresión, con el fin de garantizar en la práctica el pleno derecho de las personas naturales a la libertad de asociación. Véase el Capítulo A (d)(i).

\*\* "Advocacy", en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>101</sup> “[S]i bien la política oficial es de apoyo indeclinable a las ONGs, su aplicación puede no corresponder a ella. Las ONGs que participan en cuestiones políticas sensibles (in issues on the political ‘cutting edge’), especialmente cuando asumen importantes papeles de vocería o representación (strong advocacy role), pueden esperar que se las considere irritantes y amenazantes y que se las someta rápidamente a restricciones o acciones represivas.” ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 18 (1994).

En Malasia, la ley ha sido modificada para imponer controles estatales sobre las ONGs que participan en actividades políticas. Las ONGs son clasificadas como “sociedades” que deben registrarse ante el registro de sociedades (Registrar of Societies). Las reformas de 1981 a la Ley de Sociedades dividieron las ONGs del país en sociedades “de amistad” y sociedades “políticas”. Las últimas deben obtener permiso de la oficina de registro (the Registrar) para fines de afiliaciones o de financiación extranjeras. Se prohíbe a ciertas personas desempeñar cargo en estas ONGs y se ha sostenido que la decisión de la oficina de registro, de registrarlas o no registrarlas, no es susceptible de recurso ante los jueces.

<sup>102</sup> Así, en Brasil y en Malawi las ONGs pueden participar en el proceso político, incluso en apoyo a candidatos y en grupos de presión sobre el Poder Legislativo. Nepal y Turquía prohíben que las ONGs tomen parte en actividades políticas. Reglas similares se aplican a las asociaciones en Bulgaria y a las fundaciones en Lituania.

<sup>103</sup> Véase Governance: The World Bank’s Experience, pág. 42 (The World Bank, 1994).

<sup>104</sup> Debe recordarse que, en cuanto actores claves de la sociedad civil, las ONGs están llamadas a desempeñar un papel central en la vigilancia y en la crítica de individuos y de organizaciones, tanto del sector privado como de políticos y de agencias gubernamentales.

<sup>105</sup> En los Estados Unidos, las entidades de caridad pública que califican para la exención del impuesto federal sobre la renta de conformidad con la Sección 501(c)(3) del Código Tributario (las cuales representan un conjunto numeroso pero limitado de las ONGs de este país) están impedidas de participar o intervenir en cualesquier campaña política, bien sea en nombre de o en oposición a un candidato a ocupar cargo público.

<sup>106</sup> Es comprensible que, en un determinado país, se juzgue adecuado imponer límites a las actividades de las ONGs en apoyo a los candidatos a cargo público, o en oposición a ellos, con el fin de preservar la integridad de las leyes sobre partidos políticos. Dicho de otra manera, las ONGs no deberían convertirse en el equivalente funcional de los partidos políticos. Por lo tanto, podría prohibirse que una ONG consiguiera fondos para un candidato o lo apoyare para ser incluido en la lista de candidatos; pero esto no significa que debiera impedirse que la ONG expresare sus preferencias a favor o en contra de candidatos individuales.

<sup>107</sup> “Instancias centrales de financiación, tales como las Cajas Comunales (Community Chests) de Singapur y Hong Kong, que no sólo captan sino que canalizan y vigilan los flujos de fondos, pueden aliviar buena parte de la carga de recaudación de fondos que pesa sobre ONGs individuales, introducir mayor especialización en las estrategias de captación de fondos

y de ampliación de las bases de apoyo (constituency-building), garantizar la rendición de cuentas (accountability), levantar la confianza de los donantes y estimular el fortalecimiento de la capacidad de las ONGs y de su personal.” ESCAP, Fiscal Incentives, págs. 39-40 (1994). Las Community Chests de Singapur y Hong Kong están afiliadas a la organización United Way International.

\* Llamadas también “fundaciones corporativas” o “empresariales”. (N. del T.)

\*\* “Solicitation - Limitations, Standards and Remedies” en el original en Inglés. (N. del T.)

\*\*\* “...misrepresentation” en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>108</sup> En Egipto, una ONG no puede solicitar contribuciones sin licencia; pero la ley de solicitudes ha impuesto una restricción innecesaria. Una ONG sólo puede recibir dos licencias por año y cada licencia expira después de tres meses. Por ello, una ONG sólo puede levantar fondos durante seis meses del año. En Los Países Bajos, la recaudación de donaciones es generalmente regulada por un organismo privado sin fines de lucro denominado Oficina Central de Recaudación de Fondos (Central Bureau of Fund Raising), el cual restringe las actividades de solicitud de contribuciones de sus miembros de forma similar a la que se aplica en Egipto. Como esta Oficina otorga un “sello de aprobación” a las entidades, las organizaciones que no son miembros de ella tienen en la práctica muy pocas posibilidades de conseguir recursos del público. Véase Wino J. M. Van Veen, “Self-regulation of fundraising: The Dutch Example”, documento no publicado que se encuentra en los archivos del ICNL.

<sup>109</sup> Naturalmente, debe existir un balance entre la necesidad de proteger el público y la creación de licencias u otras cargas burocráticas innecesarias o costosas. Por ejemplo, una ONG de África del Sur debe no sólo tener una licencia para solicitar contribuciones sino también publicar un plan de solicitudes en un periódico nacional, lo cual es muy costoso.

\* El argumento de “halo”, en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>110</sup> Discurso pronunciado por Richard Fries en la Conferencia del Sudeste Asiático sobre Leyes, Reglamentos y Regulaciones para el Sector Voluntario, 6 a 10 de marzo de 1996. Conferencia auspiciada por ICNL, CIVICUS y la Red de Acción Voluntaria de India (Voluntary Action Network of India), VANI.

<sup>111</sup> Aunque la esencia de la rendición de cuentas (accountability) es garantizar que los fondos de las ONGs han sido utilizados de conformidad con los patrones vigentes, la rendición de cuentas trasciende la integridad financiera. “Las ONGs son responsables (accountable) ante los beneficiarios finales, ante el público en general(...). Todas las ONGs deberían tener la obligación de abrir sus cuentas al escrutinio público como condición básica para garantizar esta responsabilidad.” ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 41 (1994).

<sup>112</sup> “Es necesario, para asegurar que las ONGs funcionan eficazmente, que los mismos gobiernos eviten caer en la tentación de buscar influir o de otra manera involucrarse demasiado cerca en los asuntos de las ONGs. (...) En consecuencia, es de interés de los gobiernos estimular las actividades de las ONGs sin limitar su autonomía de acción.” ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 41 (1994).

<sup>113</sup> “Las regulaciones y las exigencias de presentación de informes establecidas por el gobierno deben alcanzar un equilibrio entre alimentar el crecimiento de las ONGs y prevenir la corrupción, la indisciplina en el manejo y las prácticas desviadas de parte de ellas. Las leyes

restrictivas y los procedimientos dirigidos al control político de las ONGs obstruyen claramente a las ONGs legítimas. (...) Cuando las regulaciones y las exigencias de informes son más laxas, se abre la puerta a las actividades malsanas y aún a la corrupción de las ONGs, lo cual puede manchar el sector en su conjunto. Donde quiera que el sector ha crecido aceleradamente (v.gr., el Sudeste del Asia y ciertos países africanos), existe considerable preocupación por el rápido ascenso de ONGs 'falsas', es decir, ONGs que atienden sus propios intereses antes que los de los grupos vulnerables." John Clark, "The State, Popular Participation and the Voluntary Sector", 23 World Development, págs. 593, 598 (1995).

\*\* "...an independent certified or chartered accountant", en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>114</sup> En Etiopía se imponen gravosas exigencias de información con el fin de reforzar el control oficial de las ONGs. Toda ONG debidamente constituida debe someter un plan detallado de operaciones que describa lo que la ONG pretende hacer y la manera como es capaz de alcanzar su objetivos dos meses antes del final del año. Estos planes son revisados, y aprobados o rechazados, por la Comisión de Socorro y Rehabilitación (Relief and Rehabilitation Commission). Además, las ONGs de socorro o emergencia deben ofrecer informes de inventarios mensuales a las administraciones locales. Otras ONGs deben entregar estos informes cada tres meses.

<sup>115</sup> Las ONGs han informado que la legislación jordana permite la inspección ilimitada de sus libros y archivos por parte de las autoridades. Ver Abdallah El Khatib, Relations Between Government and Nongovernment Organizations (1989).

<sup>116</sup> Véase la nota 49 más arriba.

<sup>117</sup> Para una discusión de cómo establecer si una organización es una PBO o una MBO, véase la Sección 1-b anterior.

<sup>118</sup> África del Sur brinda un ejemplo raro de lo que parecería constituir información inadecuada. La única obligación de las ONGs en materia de presentación de informes consiste en un informe tributario anual que no está al acceso del público.

<sup>119</sup> "En muchos países (...) en desarrollo, sin embargo, grandes cantidades de ONGs (...) pueden no estar registradas ante las autoridades tributarias. Con frecuencia el flujo de información entre las entidades que aprueban la existencia de las ONGs y las autoridades tributarias es lento o incompleto; de manera que las autoridades tributarias pueden ignorar los nombres de las ONGs debidamente constituidas, o puede ser que no sepan de las nuevas aprobaciones que se otorgan. El hecho de que muchas ONGs combinen las actividades de caridad con otras actividades dificulta especialmente el seguimiento del flujo de fondos por parte de las autoridades impositivas. Además, como los ingresos de las ONGs son de ordinario muy pequeños en comparación con los de las empresas comerciales, puede considerarse que no merecen estrecha atención, particularmente cuando la determinación del ingreso gravable se deja a los funcionarios locales. Por todo ello, es probable que muchas ONGs escapen por completo a la red tributaria mediante el expediente sencillo de no presentar declaraciones de renta." ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 15 (1994).

<sup>120</sup> La Ley de Georgia sobre Donaciones, sin embargo, eleva a la categoría de ley relaciones jurídicas que son particulares al donante y a la entidad donataria.

<sup>121</sup> En Kenia, el público tiene completo acceso a los informes y archivos que lleva la Junta de Coordinación de las Organizaciones No-Gubernamentales (Non-Governmental Organizations Coordinating Board), la cual cobra una tarifa por sacar copias de ellos. En Malawi, la oficina

de registro (the Registrar) guarda todos los informes de las ONGs; si bien cobra una tarifa por el acceso a esta información y por copiarla, toda ella está disponible al público.

<sup>122</sup> Discurso de David Pollard, Director de Información de la Comisión de Valores de Australia (Australia Securities Commission) ante la Conferencia del Sudeste de Asia sobre Leyes, Reglamentos y Regulaciones para el Sector Voluntario, 6 a 10 de marzo de 1996. Conferencia auspiciada por ICNL, CIVICUS y la Red de Acción Voluntaria de India (Voluntary Action Network of India), VANI.

<sup>123</sup> En Zambia, una ONG debe suministrar copias a cualquier persona de su certificado de constitución y de los artículos básicos de sus estatutos, dentro de los siete días siguientes a la fecha en la cual se reciba el pago para hacer las copias.

<sup>124</sup> Ver la nota 76. Desde luego que no debería haber sanciones penales dobles, como se ha propuesto en Pakistán.

<sup>125</sup> En Camerún, sin embargo, ninguna ONG recibe beneficios tributarios. En Japón y en África del Sur los tipos de organizaciones que pueden beneficiarse de exenciones tributarias son muy limitados. Por ejemplo, África del Sur limita las exenciones de impuestos a instituciones y a fondos de naturaleza eclesiástica, caritativa o educativa y a los que tienen carácter público. En Israel, del otro lado, todas las ONGs están exentas de los impuestos a las personas jurídicas.

<sup>126</sup> Aunque no es deseable, puede haber una lista de propósitos o actividades. Sin embargo, lo que definitivamente no es sana práctica es elaborar una lista de nombres o descripciones específicas de las organizaciones que tienen derecho a recibir los beneficios tributarios. Tales listas se derivan casi siempre de preferencias especiales o políticas, en vez de obedecer a un conjunto consistente de principios, cualesquiera que él sea.

<sup>127</sup> Ver ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 19 (1994). En África del Sur se impone un impuesto especial a las donaciones a ONGs que no correspondan a una definición muy estrecha de ONGs de interés público.

<sup>128</sup> Sri Lanka ilustra que pueden existir posiciones intermedias entre el tratamiento de las ONGs en calidad de plenos contribuyentes y el tratamiento de eximir las del impuesto. En efecto, en ese país se grava con el impuesto sobre la renta a las instituciones de caridad; pero se lo hace con una tarifa favorable del 10 por ciento del ingreso que exceda de Rs. 42.000 por año y aún este impuesto puede ser suspendido en el caso de instituciones de caridad que ofrecen atención institucional. La teoría subyacente a esta regla es que se consigue mayor rendición de cuentas (accountability) de las ONGs cuando se exige que las entidades más grandes de caridad presenten declaración de impuestos, así la tasa del impuesto sea muy baja.

<sup>129</sup> Tailandia ofrece un ejemplo característico de cuán difícil es para las ONGs conseguir una exención tributaria. En ese país, las ONGs que se hallan inscritas en calidad de fundaciones o asociaciones pueden solicitar una exención tributaria siempre y cuando sus propósitos sean de caridad, lo que significa que están relacionados con la religión, la educación, la salud o el bienestar social. Ninguna ONG puede calificar para la exención tributaria antes de tres años de hallarse en funcionamiento, si bien el Ministerio de Finanzas puede suspender esta regla. Durante los tres años previos a la exención, la ONG debe haber gastado el 60% de sus ingresos o el 75% del total de sus gastos en propósitos de caridad. El resultado de todas estas reglas es que sólo unas 200 ONGs tienen status de entidades exentas en Tailandia.

<sup>130</sup> Véase R. M. Haig, “The Concept of Income”, The Federal Income Tax 1, 27 (1921); Simons, Personal Income Taxation 50 (1938).

<sup>131</sup> En Rumania, sin embargo, se considera que el interés “no tiene carácter económico” y, en consecuencia, no está sujeto al impuesto de utilidades. Véase Reglas Metodológicas del Ministerio de Finanzas, No. 5910 de 1991. Es obvio que si, por regla general, los ingresos por intereses no son gravados, como sucede en Rumania, las ONGs no deberían ser tributadas sobre sus ingresos por intereses.

<sup>132</sup> “Es especialmente importante que las ONGs que lleven a cabo funciones de vigilancia ('watchdog' functions) –mediante investigación en políticas públicas, cabildeo o elevación de la conciencia pública– sean financieramente independientes de sus propios gobiernos y de donantes extranjeros. Con el fin de estimular tal independencia, los ingresos de las ONGs por concepto de dividendos generados por sus activos financieros pueden declararse libres de impuestos. Las ONGs que ofrecen servicios a otras ONGs (v.gr., en calidad de 'organizaciones paraguas' ('umbrella' organizations), como federaciones, como subcontratistas), o las que desempeñan el papel de catalizadores en nombre de la comunidad de ONGs, podrían también recibir esa concesión respecto del ingreso de cualquier fuente que mantengan en fiducia.” ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 48 (1994).

<sup>133</sup> No existe límite a la creatividad con que las normas tributarias pueden ser diseñadas. Con frecuencia, las normas tributarias pueden ser utilizadas para tratar de lograr objetivos muy precisos. Por ejemplo, en China, las empresas en las cuales las personas minusválidas representan cuando menos el 10 por ciento de la fuerza de trabajo reciben un incentivo tributario del 50%; y aquellas cuya fuerza de trabajo incluye 35% de empleados minusválidos reciben exención total de la tributación sobre la renta o el ingreso.

\* ...“pass through” en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>134</sup> Los responsables de la política fiscal de muchos países se resisten a aceptar la idea de que los beneficios tributarios deberían ser extendidos a las ONGs, dado que se estima que éstas no contribuyen al desarrollo económico. Las políticas de ajuste estructural aplicadas en muchos países, frecuentemente con el decidido apoyo del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, ponen el énfasis en el control del déficit y en la austeridad fiscal. Este Manual ha sugerido que las ONGs cumplen un papel mucho más fundamental en el proceso de desarrollo del que se les ha reconocido generalmente, y que el crecimiento de una sociedad civil vigorosa puede, de hecho, ser esencial para el desarrollo económico de largo plazo. Véase las notas 45 a 47 más arriba. En consecuencia, puede ser pertinente que los responsables de la política reconsideren la importancia de extender alicientes fiscales a las ONGs como parte de una estrategia global de promoción de desarrollo sostenible.

<sup>135</sup> India brinda un ejemplo de un esquema relativamente generoso de deducción tributaria. En India, las donaciones en efectivo a organizaciones caritativas son deducibles en un 50% de su valor sin exceder del 10% de los ingresos brutos del donante. Un estudio reciente concluyó que, en India, “El esquema de deducciones para las contribuciones de caridad elevó substancialmente la cantidad de tales contribuciones. De no haber existido estos incentivos, las contribuciones de las compañías habrían sido un 64% más bajas de la suma que alcanzaron en la realidad.” ESCAP, Fiscal Incentives, págs. 23-24 (1994).

Debido a un lapso inexplicable, el parlamento polaco autorizó que las personas naturales aplicasen deducciones tributarias por concepto de contribuciones hechas a otras personas naturales durante 1996. De suerte que un hermano podría reclamar una deducción impositiva

por concepto de una donación a su hermana con el fin de que ésta reciba tratamiento de ortodoncia. La hermana, a su turno, podía recibir una deducción similar por darle dinero a su hermano para que cubra los costos de la educación especial para sus hijos. Esta ley no tendrá vigencia en 1997 y en los años subsiguientes, cuando las deducciones estarán limitadas a las donaciones a las entidades de caridad debidamente constituidas, con lo cual se demuestra de nuevo el enorme valor del sistema de inscripción formal de las ONGs.

De acuerdo con la Ley de Caridades de la Región de Leningrado, adoptada el 21 de abril de 1995, las actividades caritativas pueden realizarse mediante la constitución de una entidad legal o sin ella; pero los donantes sólo se harán acreedores a beneficios tributarios (deducciones hasta del 3% de sus utilidades netas) si el Estado certifica que las actividades son de caridad. Esta exigencia de certificación exime la ley de la Región de Leningrado del defecto de la ley polaca que omitió imponer exigencia similar.

<sup>136</sup> En los Estados Unidos, por ejemplo, los contribuyentes deben escoger entre la llamada “deducción standard” o la información detallada de todos sus gastos deducibles. La deducción standard es generalmente más atractiva para los contribuyentes de bajos ingresos; pero los contribuyentes que optan por ella quedan automáticamente excluidos de informar y deducir las donaciones que efectivamente hubieren realizado para propósitos de caridad.

En otros países, las personas asalariadas no presentan declaración de impuestos por cuanto los impuestos se deducen automáticamente de sus salarios. En tales situaciones es improbable que se presente la solicitud de un privilegio tributario por concepto de contribuciones de caridad.

<sup>137</sup> Véase, por ejemplo, Charles Clotfelter, “Tax Incentives and Charitable Giving; Evidence from a Panel of Taxpayers”, 30 Journal of Public Economics, 319 (1980); Richard Steinberg, “Taxes and Giving”, 1 Voluntas 61 (1990); Kevin S. Barrett, Anya M. McGuirk y Richard Steinberg, Further Evidence on the Dynamic Aspect of Taxes and Charitable Giving (1996).

<sup>138</sup> Indonesia presenta un enfoque alternativo interesante. Aquí el Ministerio de Finanzas exige que las empresas de propiedad del Estado reserven entre el 1 y el 5 por ciento de sus utilidades netas para programas de apoyo a industrias de pequeña escala y a grupos sociales más débiles.

<sup>139</sup> Los reglamentos para la aplicación de esta ley incluyen la Orden No. 994 de 1994 expedida por el Ministerio de Finanzas “para la aprobación de los reglamentos para aplicar la Ley No. 32 de 1994” y la Decisión No. 19 de 1995 del Consejo Nacional de Audiovisuales “para la aprobación de las reglas obligatorias sobre patronato en el campo de los audiovisuales”.

<sup>140</sup> Ver el Artículo 39, numeral 1 de la Ley No. 22 de 1995 para la aprobación del presupuesto del Estado de 1995.

<sup>141</sup> En contraste con Rumania, la Ley sobre Caridad y Patronato de Lituania reconoce que las dos formas de apoyo a las ONGs deberían recibir tratamiento tributario favorable.

\* En Inglés, “value added tax” o “VAT”. (N. del T.)

\*\* En Inglés, “input VAT”. (N. del T.)

\*\*\* En Inglés, “output VAT”. (N. del T.)

<sup>142</sup> En Bangladesh, Indonesia, Las Filipinas y Tailandia, las ONGs no gozan de exención del IVA; pero se benefician en algunos casos de tarifas inferiores a la tarifa general que se aplica

a los productos primarios o a los productos no procesados. En Israel, las ONGs están exentas del IVA y sufren por lo tanto la carga de no poder obtener el reembolso por concepto del IVA pagado por los bienes y servicios que adquieren.

<sup>143</sup> Para mayores análisis de las exenciones y de las tarifas reducidas del IVA, véase Ole Gejms-Onstad, "VAT", documento no publicado que se encuentra en los archivos del ICNL.

\* Conocidos también como impuestos a las importaciones o derechos de importación. (N. del T.)

<sup>144</sup> En Rwanda, los únicos beneficios tributarios para las ONGs consisten en la exención de los derechos de aduana y en la exención para empleados de ONGs expatriados de los derechos de ingreso al país.

<sup>145</sup> Con frecuencia el problema no consiste en la falta de exención para las ONGs sino en el exceso de trámites y documentos (red tape) para hacerla efectiva. En la India, las ONGs que desean obtener exención de los impuestos que gravan las importaciones de equipos donados por extranjeros tienen que solicitar aprobación del gobierno central con antelación de seis meses y observar estrictas reglas y procedimientos. En Las Filipinas y en Sri Lanka, la exención de los derechos de aduana y del IVA para donaciones de fuente extranjera puede conseguirse solamente cuando las donaciones se registran ante la agencia estatal competente. Estos procedimientos conllevan generalmente numerosos obstáculos y condiciones burocráticas.

<sup>146</sup> "Puede ser útil eliminar la distinción entre las ONGs que brindan alivio directo, protección social u oportunidades para automejoramiento, y aquéllas que desempeñan funciones de catalizadoras o de representación de intereses. Es más bien aconsejable introducir concesiones con el criterio del voluntariado (voluntarism), de manera que las ONGs que son completamente manejadas por voluntarios y que ofrecen servicios y trabajos gratuitos quedarían enteramente exentas de impuestos sobre el ingreso de cualesquiera fuente que provenga y se les podrían además efectuar importaciones libres de impuestos para desarrollar sus organizaciones. Esto podría repercutir en un impulso significativo a las ONGs comunitarias y de grupos de base orientados hacia el desarrollo." ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 46 (1994).

\* "...employment or payroll taxes", en el original en Inglés. (N. del T.)

<sup>147</sup> En Australia, sin embargo, las ONGs involucradas en trabajos de bienestar social pagan impuestos de ventas reducidos y, si su nómina salarial excede de A\$10.000 por mes, se les reduce también el impuesto sobre la nómina, según el estado o departamento en el cual se encuentren. Preferencias similares otorga Brasil a un grupo especial de organizaciones sin ánimo de lucro destinadas al bienestar social.

<sup>148</sup> Normas de Kenia, por ejemplo, prohíben que una ONG se convierta en sucursal de una organización, o esté afiliada o conectada con una organización o grupo de naturaleza política, cuando esta organización o grupo se halle constituido fuera de Kenia, sin el consentimiento previo y escrito de la Junta de Coordinación de las Organizaciones No Gubernamentales (Non-Governmental Organizations Coordinating Board). En Etiopía, las ONGs extranjeras necesitan permiso de la Comisión de Socorro y Rehabilitación (Relief and Rehabilitation Commission) antes que puedan generar sus propios ingresos. En Madagascar, el Ministerio del Interior (Home Ministry) puede rehusarse a permitir el funcionamiento de una ONG extranjera en el país y puede cancelarle su permiso de operación en cualquier momento. En Bosnia y Herzegovina se ha propuesto una ley sobre "Organizaciones Humanitarias" que

obligaría a las ONGs a obtener permiso del Ministerio de Relaciones Exteriores antes que puedan comenzar a trabajar en estos países.

<sup>149</sup> Algunas veces se teme también a la subversión interna. En Uganda, por ejemplo, una ONG que desee establecer contactos directos con personas en las zonas rurales del país debe informar con siete días de antelación al gobierno local y al Administrador del Distrito. De la misma manera que las personas naturales, las ONGs deberían gozar de los derechos a la libertad de movimiento y a reunirse con otros, y estos derechos sólo deberían limitarse en épocas de verdaderas emergencias.

<sup>150</sup> “Las ONGs debidamente constituidas deberían estar en capacidad de recibir fondos o bienes en especie como donaciones del extranjero sin que medien onerosas demoras burocráticas. No debería haber ninguna arbitrariedad ni aplicarse ningún prejuicio o buscarse 'beneficio indebido' (*'rent-seeking'*) en la autorización de estas operaciones.” John Clark, “The State, Popular Participation, and the Voluntary Sector”, 23 World Development, págs. 593, 595 (1995).

<sup>151</sup> Es evidente que la financiación extranjera no es ontológicamente buena. Así, se ha observado que “[e]l enfoque de proyecto observado por la financiación que otorgan muchos donantes extranjeros no brinda apoyo efectivo a las ONGs locales que se esfuerzan por alcanzar autonomía en sus finanzas y en su manejo y por definir ellas mismas sus objetivos y sus estrategias organizativas. Este enfoque reduce también la flexibilidad para utilizar fondos, amarrándolos a las preferencias y prioridades de programas y proyectos de los donantes.” ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 40 (1994).

<sup>152</sup> Debería subrayarse que muchas veces los problemas son ocasionados del lado de los donantes. Así, los Estados Unidos no conceden incentivos tributarios a los donantes de este país que otorgan donaciones a una entidad extranjera, a menos que se hubiere establecido que esta entidad equivale a una entidad de caridad pública en los Estados Unidos o que se observen engorrosas normas denominadas de “responsabilidad de gasto” (*"expenditure responsibility"*). Estas normas agravan considerablemente los costos legales y administrativos del otorgamiento de donaciones a entidades extranjeras.

<sup>153</sup> En Bangladesh, la ley que rige las donaciones extranjeras (Foreign Donations Regulation Ordinance, de 1978, acápite de Actividades Voluntarias) se ocupa de los ingresos y los gastos de las donaciones extranjeras para las actividades de las ONGs, y la ley que rige las contribuciones extranjeras (Foreign Contributions (Regulation) Ordinance, de 1982) trata de los ingresos de las contribuciones extranjeras en dinero o en especie, entre las cuales se incluyen los billetes aéreos para viajes internacionales. Las ONGs domésticas o extranjeras que deseen obtener fondos o recibir personal del exterior deben someterse a una investigación por parte de varias agencias gubernamentales, cuyo trámite toma algunas veces más de un año. Además, las ONGs tienen que presentar una solicitud al gobierno para la aprobación previa de cada proyecto que pretendan emprender. Estas solicitudes tienen que recibir el visto bueno de la Oficina de ONGs de la Secretaría de la Presidencia, del ministerio competente, de la Rama Especial de la Oficina de Inteligencia y del Ministerio del Interior. Véase Pursuit of Common Goods, World Bank Resident Mission, Daka, 1996.

Además de las enormes cargas de trámites burocráticos y de demoras, leyes como éstas se prestan para las aplicaciones selectivas o discriminatorias y a desarrollar prácticas destinadas a evitarlas (avoidance transactions). Así, la Ley de Registro de las Contribuciones Extranjeras (Foreign Contributions Registration Act, FCRA), de la India, fue invocada para negar una aprobación a Jack Prager, quien ayudaba a los pobres y desposeídos en Calcuta;

al mismo tiempo, se utilizó esta ley para eximir a la Fundación Rajiv Ghandi del requisito de tres años de existencia previa antes que pueda presentarse solicitud de permiso para recibir contribuciones extranjeras. Todo indica que existen numerosas normas legales susceptibles de ser utilizadas por ONGs para traer dinero del extranjero no obstante la vigencia de la FCRA, comenzando con el hecho de que no existe límite a las transferencias de dinero hacia India a través de bancos privados. Las normas fáciles de evadir o evitar penalizan solamente a quienes observan más celosamente la ley y pueden ocasionar el desprestigio del sistema jurídico.

<sup>154</sup> Las Naciones Unidas trabajan actualmente en el borrador de una Convención que protegería el derecho a solicitar, recibir y utilizar contribuciones voluntarias del extranjero para fines de derechos humanos.

<sup>155</sup> No existe límite al tipo de relaciones contractuales que puede tener una ONG con un ministerio u otra agencia estatal. Si bien prevalecen las transferencias de aporte (grants) y los contratos, pueden darse también los proyectos de riesgo compartido (joint ventures) y otros tipos de asociación o alianza.

Ciertas preferencias pueden a veces ser apropiadas. En Indonesia, como política para mejorar la distribución del ingreso, el Ministerio de Finanzas obligó a las empresas estatales a reservar entre 1 y 5 por ciento de las utilidades netas para programas sociales, destinados a subsidiar la industria de pequeña escala y los grupos sociales más débiles.

<sup>156</sup> Con todo, la complejidad de los procesos de licitación del gobierno es con frecuencia obstáculo a la participación de pequeñas ONGs. “La capacidad de [ONGs pequeñas o de base] para desarrollar proyectos es con frecuencia interferida o condicionada por procedimientos estatales que exigen pruebas de experiencia, registros oficiales o garantías financieras para la participación en concursos de licitación para la compra de bienes y servicios. La complejidad de tales procedimientos puede no sólo impedir el acceso de pequeñas ONGs a los aportes y subsidios y estimular la elusión fiscal, sino también excluirlas de participar en proyectos dirigidos por el gobierno.” ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 29 (1994).

<sup>157</sup> “Las organizaciones paraguas u organizaciones cimeras de las ONGs podrían recibir también recursos que ayudaren a cubrir los costos de los servicios que brindan a sus miembros, tales como representación, bancos de datos y servicios de información, centros de recursos para entrenamientos, servicios de información tecnológica y desarrollo, etc. El fortalecimiento de la capacidad de estas ONGs las haría más atractivas y estimularía el aumento de sus miembros. Cuando lleguen a un alto grado de cobertura del sector de las ONGs, podrían implantarse mecanismos de autorregulación del sector tales como estándares de prestación de servicios, costos de instalaciones y personal, desarrollo de un código de conducta y vigilancia del desempeño de los miembros.” ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 50 (1994).

<sup>158</sup> “Es natural que las ONGs se opongan a la supervisión y la vigilancia del gobierno. Con el fin de reducir la percepción que el gobierno tiene de la necesidad de aplicar por sí mismo estos controles, las ONGs podrían convenir entre ellas la implantación de un código de conducta y mecanismo de autorregulación propio de las ONGs. Podrían elevar colectivamente su responsabilidad y mejorar entre todos su sistema de rendición de cuentas (accountability) mediante la implantación de mecanismos para evaluar sus propios programas y procedimientos operativos. Con el fin de poner en marcha este sistema de

autorresponsabilidad colectiva, es necesario que existan organizaciones paraguas que realicen estas funciones y brinden un foro a las mismas ONGs.” ESCAP, Fiscal Incentives, pág. 42 (1994).

<sup>159</sup> Kenia ofrece un ejemplo muy interesante de “autorregulación compulsiva”. De conformidad con la Ley de ONGs de 1990, se creó un Consejo de ONGs conformado por las cien primeras organizaciones en registrarse de acuerdo con los preceptos de dicha ley. A este Consejo se le asignó la tarea de desarrollar un código de conducta que regule las actividades de todas las ONGs. El Consejo informa a la Junta Coordinadora de Organizaciones No Gubernamentales, la misma que está llamada a aprobar el código de conducta.

\* “...'watchdog' organizations” en el original en Inglés. (N. del T.)