

MARGARITA VIÑUELAS SANZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá

GOBIERNO CORPORATIVO EN PERSONAS JURÍDICAS NO MERCANTILES

Prólogo de
Santiago Hierro Anibarro

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. EL BUEN GOBIERNO DE LAS ASOCIACIONES	21
I. ASAMBLEA GENERAL	22
1. Funcionamiento de la asamblea general	24
II. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN. NOMBRAMIENTO Y DURACIÓN DEL CARGO	28
1. Remuneración	33
2. Organización y funcionamiento del órgano de administración. Comisiones	35
3. Deberes de los miembros del órgano de administración y exigencia de responsabilidad	37
CAPÍTULO II. EL BUEN GOBIERNO DE LAS FUNDACIONES	43
I. PATRONATO. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN	45
1. Nombramiento y duración del cargo	48
2. Retribución	50
3. Organización y funcionamiento del patronato. Comisiones	55
4. Deberes de los patronos y exigencia de responsabilidad	60
CAPÍTULO III. EL BUEN GOBIERNO DE LAS CAJAS DE AHORROS: LEY 26/2013, DE 27 DE DICIEMBRE	65
I. ASAMBLEA GENERAL. COMPOSICIÓN	68
1. Funcionamiento de la asamblea general	72

ÍNDICE

	Pág.
II. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN.....	76
1. Nombramiento y duración en el cargo.....	78
2. Retribución. Informe anual sobre retribuciones	82
3. Informe anual de gobierno corporativo.....	88
4. Organización y funcionamiento del consejo de administración. Las comisiones de nombramientos y retribuciones, inversiones y obra social	91
4.1. Comisión de nombramientos y retribuciones	93
4.2. Comisión de inversiones	94
4.3. Comisión de obra social.....	95
5. Comisión de control. Comité de auditoría	96
6. Deberes de los consejeros y exigencia de responsabilidad.....	99
CAPÍTULO IV. EL BUEN GOBIERNO DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS: LEY 26/2013, DE 27 DE DICIEMBRE.....	101
I. ÓRGANOS DE GOBIERNO. ESTRUCTURA ORGÁNICA, COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL PATRONATO	102
1. Nombramiento y duración del cargo. Requisitos de los patronos para ejercer el cargo y su retribución	108
2. Informe anual de gobierno corporativo.....	112
3. Deberes de los patronos y exigencia de responsabilidad.....	114
CAPÍTULO V. EL BUEN GOBIERNO DE LAS COOPERATIVAS	119
I. ASAMBLEA GENERAL	122
1. Funcionamiento de la asamblea general	123
2. Asamblea general de delegados elegidos en juntas preparatorias...	139
II. CONSEJO RECTOR. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN	143
1. Nombramiento y duración en el cargo.....	152
2. Retribución.....	159
3. Funcionamiento del consejo rector	162
4. Comisión de control, intervención y auditoría externa	167
5. Deberes de los consejeros y exigencia de responsabilidad	170
BIBLIOGRAFÍA	177

Prólogo

Asumo por petición de la autora la responsabilidad de prologar esta obra de título engañoso, pero de contenido impecable. Bien es cierto que con el título la autora no quiere engañar a nadie, ni que se trata de publicidad engañosa alguna, dado que la mercantilidad o no de las instituciones jurídicas hace mucho tiempo que se desnaturalizó como criterio definidor de la materia mercantil, aunque me temo que éste sería objeto de un debate que excede con mucho los límites de estas líneas, que no es otro que presentar la tercera monografía de la profesora Margarita VIÑUELAS, que versa sobre una cuestión capital en la actual coyuntura histórica en que nos encontramos, el gobierno corporativo de las más importantes, entre nosotros, business associations.

Resulta curioso que determinados límites dogmáticos mal emplazados nos obliguen a acudir a la lingua franca de los negocios para definir el objeto de una monografía, pero quizá resulte de utilidad para contextualizar el entorno en que se ha gestado la misma, que no es otro que el del grupo de investigación en Derecho de sociedades y mercado de valores en el cual la autora se integra y en cuyo seno hace su aparición el libro que el lector tiene entre sus manos.

Poco antes de iniciarse la gran recesión, cuyos efectos aún perduran en la economía española y tardarán décadas en ser olvidados en el conjunto de economías desarrolladas, un grupo de investigadores de la Universidad de Alcalá, del que no sólo forma parte, sino que es pieza destacada la autora, decidimos dar un nuevo enfoque al que hasta ese momento era nuestro método de investigación, al entender que el esfuerzo colectivo era más útil que el individual y que debíamos adelantarnos a las iniciativas legislativas, estudiando una materia que, en muchos casos, ni siquiera alcanzaba el ámbito de lege ferenda.

Este peculiar método de trabajo, que cuenta con la colaboración de especialistas en otras disciplinas, básicamente economistas, y que en la actualidad también engloba a investigadores de otras universidades, ha tenido como frutos más destacados la aparición de dos obras colectivas,

Simplificar el Derecho de sociedades (2010) y Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas (2014), que aparecen unidas por un denominador común, el de aspirar a influir en la realidad mercantil, ya sea contribuyendo a facilitar la creación y organización de las empresas como a mejorar su competitividad, abogando por profesionalizar su gestión para reducir de este modo los conflictos intrasocietarios.

Precisamente esta monografía sobre el Gobierno corporativo en personas jurídicas no mercantiles se gesta en el marco de la segunda de esas obras colectivas, donde la profesora VIÑUELAS elabora un capítulo en el que adelanta algunas conclusiones, que luego ha desarrollado in extenso en la presente monografía, donde además incorpora nuevas figuras a su análisis que no aparecen en la primera.

El acierto en la elección de tema y materia es tan evidente que, sin haberse publicado este libro y con los escasos meses que lleva editado el capítulo matriz origen de la presente obra, algunas de las más relevantes asociaciones y fundaciones sobre las que trata este libro han acudido a la autora en busca de su opinión, consejo y asesoramiento. Y es que con buen criterio, los destinatarios de esta obra se han dirigido a la autora ratione materiae, obviando cualquier otra consideración que no fuera su expertise sobre el tema.

Conviene resaltar esta circunstancia, porque la profesora VIÑUELAS es una rara excepción en la Universidad española, dado que siempre ha antepuesto fondo a forma. Profesora ayudante doctora, no obstante disponer de todas las acreditaciones, siempre ha mostrado más interés por el objeto de su investigación que por su hoja de servicios, en la que aparece la presente obra como tercera monografía y a la que hay que añadir numerosos trabajos, que nadie se atrevería a llamar menores, si no es para referirse a su extensión, en materia concursal, de responsabilidad de administradores, impugnación de acuerdos sociales, refinanciación empresarial, navegación aérea o Derecho contable, caracterizados, todos ellos, por resultar aproximaciones rigurosas a temas controvertidos.

De hecho, en la elección de alguno de esos temas, como lo es el presente, asumo mi parte de responsabilidad o culpabilidad —si no gozara de la indulgencia del lector—, lo que traigo a colación en estas líneas, no para compartir las mieles del éxito, sino para destacar la capacidad de la autora. Pues debo confesar que en la planificación de los trabajos colectivos a los que he hecho referencia acostumbro encomendar a la profesora VIÑUELAS alguno de los capítulos más complejos, con la convicción de que la dificultad es un poderoso incentivo a su profunda curiosidad científica y a su arraigada vocación investigadora, como lo pone de manifiesto el resultado final, del que es buen ejemplo esta monografía.

La lectura de la misma evidencia otra característica de la autora, su madurez intelectual, que queda expuesta en el hecho de que no elude el tratamiento de las cuestiones más espinosas. No hay que avanzar más allá de la introducción para que la autora identifique el problema central

PRÓLOGO

de gobierno corporativo de las figuras que estudia y que no es otro que la «tensión» que genera en las personas jurídicas no mercantiles (aquéllas sometidas en su constitución, funcionamiento y estructura a la normativa civil) la evolución hacia estructuras organizativas cada vez más complejas, potenciada por su objeto plenamente comercial, industrial o financiero.

Buena prueba de la importancia de esa tensión normativa es precisamente el campo financiero. El gobierno corporativo de cajas de ahorro y fundaciones bancarias ha trascendido del ámbito estrictamente financiero y del más amplio mercantil para convertirse en cuestión macroeconómica, que ha situado a nuestro país en la encrucijada más difícil de este complejo comienzo de siglo.

Sirva esta apasionante tesis jurídica con la que la profesora VIÑUELAS abre su trabajo, para que el lector interesado en la materia se adentre en su contenido, sin que quepa al prologuista de la obra otro cometido más que el de reconocer a los directores de la colección en la que ésta se inserta, los profesores EMBID IRUJO y EMPARANZA SOBEJANO, su acierto y con él mi agradecimiento por su interés en que la presente monografía se sume al acervo de las que con tanta inteligencia seleccionan y enriquecen el catálogo de la editorial Marcial Pons.

Alcalá de Henares, 6 de enero de 2015, día de Reyes.

Santiago HIERRO ANIBARRO
Catedrático de Derecho Mercantil

Introducción

El estudio del Gobierno Corporativo suele abordarse en sociedades mercantiles cotizadas, y más recientemente, también en las no cotizadas¹. Sin embargo, es significativamente menor el estudio del Gobierno Corporativo en relación con las personas jurídicas no mercantiles².

Y, aún menor, el que atiende al análisis no sólo del funcionamiento del órgano de administración³, también —según proponemos— de su órgano deliberante, de singular relevancia en la democratización y buen gobierno de las personas jurídicas no mercantiles⁴, en las que los

¹ COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, mayo de 2006, actualizado en junio de 2013; INSTITUTO DE CONSEJEROS-ADMINISTRADORES, *Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas*, Madrid, diciembre de 2005-enero de 2006; INSTITUTO DE LA EMPRESA FAMILIAR, *Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares*, Documento 165, marzo de 2012. Existe una versión anterior de esta guía, bajo el título de *Buen gobierno en la empresa familiar*, Documento 128, Barcelona, 2005. A nivel europeo, *vid.* CONFEDERACIÓN EUROPEA DE ASOCIACIONES DE DIRECTIVOS (ECODA), *Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe*, Brussels, marzo de 2010. En la doctrina, *vid.* AAVV, *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, S. HIERRO ANIBARRO (dir.), Madrid, Marcial Pons, 2014.

² En respuesta a la demanda creciente de alguna orientación específica de buen gobierno en este ámbito, hasta ahora inexistente, el Instituto de Consejeros-administradores ha publicado recientemente una guía. INSTITUTO DE CONSEJEROS-ADMINISTRADORES, *Guía Práctica de Buen Gobierno para ONG: Asociaciones de utilidad pública y Fundaciones*, Madrid, noviembre de 2013.

³ La *Guía Práctica de Buen Gobierno para ONG: Asociaciones de utilidad pública y Fundaciones* centra sus propuestas sobre el órgano de administración, si bien reconoce el papel de la Asamblea de socios (en asociaciones), o Protectorado (en fundaciones) como supervisor de la entidad y su gestión, núm. I. 3.1. *Vid. infra* capítulo V, referido al buen gobierno de las cooperativas.

⁴ No obstante, la reciente Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE de 4 de diciembre de 2014, núm. 293), subraya, también en este ámbito, la relevancia de las modificaciones que afectan al régimen de la junta general de accionistas y la pretensión, con ellas, de reforzar el papel de la junta y abrir cauces para fomentar la participación accionarial. *Vid.* Preámbulo núm. IV.

«socios» —u asociados, fundadores, colaboradores—, ocupan un papel principal⁵.

Entre las personas jurídicas no mercantiles se incluyen, como grupo principal, las denominadas entidades «sin ánimo de lucro». Tal expresión sirve para caracterizar, esencialmente, asociaciones y fundaciones, que no persiguen la realización de un beneficio para su reparto entre los socios⁶, destinándolo, en caso de existir, a la consecución de un fin general.

Más dudoso resulta, en cambio, la inclusión dentro de este grupo de otras personas jurídicas no mercantiles, como las cooperativas, que admiten la realización de operaciones con terceros cuyas plusvalías pueden ser repartidas en parte a los socios (art. 58 LC), sin que ello vaya en detrimento de su fin mutualista —la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de sus socios—.

Y, desde luego, quedan al margen de tal grupo, las sociedades civiles que sí persiguen la obtención de un lucro y su posterior reparto.

En consecuencia, la ausencia de ánimo de lucro no opera a efectos de delimitar el ámbito de las personas jurídicas no mercantiles, como tampoco el mercantil, según el criterio mayoritario que se ha ido imponiendo doctrinalmente en los últimos años, aunque su presencia sigue encontrándose en el Código de Comercio como elemento esencial del negocio de constitución de una sociedad mercantil (art. 116)⁷.

⁵ En este sentido, el *Comité Consultivo de la Comisión Europea de las Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones* en 1999 estableció como principios comunes a estas personas jurídicas, algunos que reflejan con claridad el carácter personalista y democrático que las envuelve. Así, cabe citar «la primacía del objeto social y de la persona sobre el capital», «el alta y baja voluntarias» o «el control democrático» de las mismas. Junto a éstos, se citan también como principios comunes: «la conjunción de intereses privados con el interés general», el principio de solidaridad», o la «autonomía de gestión y aplicación de excedentes al objeto social o a intereses generales».

⁶ No obstante, téngase en cuenta que las sociedades mercantiles en cuanto subtipo de las asociaciones (art. 35 CC) tampoco están desprovistas de una atención al interés general (generación de riqueza para la sociedad, creación de empleo...), que está presente en cada sociedad (por todos, *vid.* C. LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, t. 1, *Parte general y Derecho de la persona*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 300-301), y que, por otra parte, constituye el germen del espíritu que las reglas de gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas quieren impulsar.

⁷ En este sentido, por todos, *vid.* C. PAZ-ARES, «Sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades», en *Curso de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., Madrid, Civitas/Thomson, 2006, pp. 542-543 y ss. A. ROJO, «En empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad», en URÍA y MENENDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, Madrid, Civitas/Thomson, 2006, pp. 69 y ss. El «ánimo de lucro» como criterio delimitador de lo mercantil, es un debate —ya olvidado en nuestros días— pero del que, en cierto modo, es heredera la denominación de «entidades sin ánimo de lucro» en la que se engloban, esencialmente, asociaciones, fundaciones, y mantenida doctrinalmente con vocación delimitadora frente a los empresarios mercantiles, especialmente societarios, pese a su imprecisión. Así lo denuncia, J. M. EMBID IRUJO, «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro», *RVEH*, núm. 7-I, 2003, p. 80.

La agrupación de estas personas jurídicas bajo la denominación de «no mercantiles» se justifica seguramente en una razón: su constitución, estructura y funcionamiento se someten a una normativa tradicionalmente considerada como civil —no mercantil—, bien contenida en el Código Civil —como las sociedades civiles—, bien en la legislación civil especial —como las Leyes de asociaciones, Sociedades agrarias de transformación y Ley de fundaciones—⁸.

Sin embargo, la evolución sufrida por las personas jurídicas no mercantiles hacia estructuras organizativas cada vez más complejas en muchos casos potenciadas por el desarrollo directo o indirecto de alguna actividad comercial o industrial en el mercado, permite apreciar cómo todas ellas, en mayor o menor medida, reflejan la existencia de una cierta «tensión» generada por el desacople entre la creciente complejidad organizativa que requiere su desarrollo y exige la consecución de los fines perseguidos y el tipo o regulación aplicada —de carácter civil—⁹ al que se someten¹⁰.

En este contexto general se entiende el reconocimiento generalizado de la condición de comerciante y la sujeción a los deberes propios del empresario, que la ley otorga a dichas personas jurídicas¹¹ y la progresiva aproximación

⁸ Así, *vid.* C. PAZ-ARES, «Sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades», en *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., pp. 532 y ss. El criterio de la mercantilidad objetiva, basada en las normas reguladoras del tipo, hunde sus raíces en el art. 116.I del CCo, a tenor del cual el «contrato de compañía» será mercantil «siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código», esto es, de conformidad con la forma o tipo de sociedad recogido en el Código de Comercio.

⁹ Tensión que también existe, aunque en menor medida, en el sentido inverso, esto es, cuando es la actividad civil la que se orienta a través de un tipo mercantil (sociedades mixtas, supuesto contemplado por el art. 1.670 CC), debido precisamente al mayor rigor y garantía que imprimen los tipos mercantiles.

¹⁰ Tal desacople se evidencia con mayor claridad en el caso de las sociedades civiles cuando se constituyen para la realización de fines mercantiles, de las asociaciones que desarrollan una actividad mercantil con carácter instrumental respecto del fin asociativo —hipótesis legalmente posible (art. 13.2 Ley de asociaciones de 2002), de la fundación-empresa, cuyo ejemplo más paradigmático lo proporcionan —hasta ahora— las cajas de ahorros y cuya inscripción en el Registro Mercantil se admite (art. 16.3 CCo), y también es el caso de las sociedades mutualistas, especialmente las cooperativas cuando se las dota de instrumentos dirigidos a hacer posible su rentabilidad y competitividad en el mercado (así, *vid.* entre otros, J. C. VÁZQUEZ CUETO, «Las sociedades con base mutualista», en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil I*, vol. II, III, *Sociedades mercantiles*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 584. C. PAZ-ARES, «Sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades», en *Curso de Derecho Mercantil*, pp. 532 y ss., y p. 542-543) y de la sociedad agraria de transformación si más allá del cultivo agrario se dedica a la transformación y posterior comercialización de los productos agrarios. En este sentido, entre otros, A. ROJO, «En empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad», en URÍA y MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, p. 76. C. PAZ-ARES, «Sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades», en *Curso de Derecho Mercantil*, p. 544. J. C. VÁZQUEZ CUETO, «Las sociedades con base mutualista», en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil I*, vol. II, III, *Sociedades mercantiles*, 14.ª ed., p. 623.

¹¹ A excepción de las sociedades civiles, el resto de personas jurídicas que en cuanto ejercen una actividad mercantil a través de tipos civiles tienen la condición de comerciantes y quedan sometidas, con algún matiz diferenciado, al estatuto propio de éstos.

de la regulación de algunas de ellas —sociedades cooperativas, fundaciones o asociaciones— a la propia de tipos mercantiles con una estructura corporativa, más acorde, en términos generales, con su creciente complejidad organizativa, con independencia de que los fines perseguidos difieran entre ellas¹².

Esta tensión normativa se evidencia con mayor claridad en el caso de las fundaciones-empresa, especialmente cajas de ahorros¹³, y también, aunque en menor medida, en las fundaciones bancarias.

El proceso de adaptación de la normativa fundacional de carácter civil al desarrollo de una actividad mercantil, no ha podido contener una ruptura formal, en el caso de las cajas de ahorros, a favor de un régimen de estructura corporativa al que se aplica subsidiaria la Ley de sociedades de capital¹⁴, y que persigue acentuar la profesionalización e independencia de los órganos de gobierno de la entidad, pero sin perder, según la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (LCF), su esencia fundacional, cifrada en los fines generales que persiguen¹⁵.

En cambio, las segundas, las fundaciones bancarias, a diferencia de las anteriores, no desarrollan una actividad mercantil directa, sino que constituyen un supuesto de fundaciones ordinarias con una participación en el capital de una sociedad mercantil (art. 24.2 LF), en este caso, preferentemente no mayoritaria (art. 44 LCF)¹⁶. Tal vinculación

¹² Unas persiguen fines lucrativos (s. civil), otras fines generales (asociaciones y fundaciones ordinarias, fundaciones-empresa —cajas de ahorros— o fundaciones bancarias), y otras fines mutualistas (cooperativas y sociedades agrarias de transformación).

¹³ El doble plano en el que las cajas de ahorros cumplen sus fines de interés general ha determinado su caracterización como «fundaciones-empresa» dotacional y funcional. En la medida que las cajas de ahorros persiguen la obtención de beneficios con su actividad económica destinados a sufragar su obra social, se las puede considerar «fundaciones-empresa dotacionales», en cuanto sus fines generales también se pueden alcanzar directamente mediante el ejercicio de su actividad empresarial, puede calificarse de fundaciones-empresa funcionales. Sobre esta distinción entre fundaciones-empresa dotacionales y funcionales, *vid.* J. M. EMBID IRUJO, «Fundaciones y actividades empresariales en el Derecho español», *Derecho de los Negocios*, núm. 160, enero de 2004, pp. 8 y ss.

¹⁴ El art. 1.3 LCF prevé la aplicación supletoria a las cajas de ahorros del régimen de la Ley de sociedades de capital.

¹⁵ La Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, en relación con las cajas de ahorros introduce un cambio de enfoque en el régimen jurídico hasta ahora vigente, al combinar los avances en la introducción de esquemas de funcionamiento de sociedades capitalistas en orden a mejorar su funcionamiento, con el regreso a la originaria naturaleza fundacional de las cajas de ahorros, al servicio de un interés general doble: el desarrollo de su obra social y la protección de los pequeños ahorradores, así como la generalización de su acceso al crédito. Tales fines explican que la actividad de las cajas se haya encauzado al desarrollo de una actividad financiera de menor riesgo, adecuada para atender las necesidades de clientes minoristas y pequeñas empresas, así como la limitación de su ámbito geográfico al de la actuación de sus destinatarios (art. 2.1 LCF).

En cuanto a la fundación bancaria se orienta al desarrollo de los fines benéfico-sociales perseguidos, destinando a ellos los rendimientos obtenidos con la gestión de su participación en una entidad de crédito (art. 32.2 LCF).

¹⁶ La participación mayoritaria de la fundación bancaria en una entidad de crédito se halla fuertemente desincentivada por la LCF. Entre otras medidas a tal efecto, caben citar:

se refleja en el mantenimiento de gran parte de las estructuras de funcionamiento propias de la fundación, como el patronato o el protectorado, que no obstaculizan la consecución de sus fines generales¹⁷, y en la remisión a la normativa general de fundaciones, y no a la propia de sociedades mercantiles.

Sin embargo, la envergadura de la participación gestionada, de, al menos, el 10 por 100 del capital o los derechos de voto —o que les permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración— (art. 32 LCF), y la especialidad de la entidad participada, una entidad de crédito, cuya solvencia está conectada con la propia solvencia del sistema financiero, explica, aun cuando ésta no sea mayoritaria, la introducción de un amplio conjunto de medidas normativas destinadas a la profesionalización e independencia del gobierno de la fundación, el control de su gestión, y la conveniencia de completarlas y adaptarlas a la entidad concreta mediante recomendaciones y reglas de buen gobierno¹⁸.

La utilidad de las medidas de gobierno corporativo en cajas de ahorros y fundaciones bancarias parece extensible, en general, al conjunto de fundaciones y asociaciones.

En efecto, a la posibilidad, abierta a ambas, asociaciones y fundaciones, de ejercer directamente actividades mercantiles, o de participar en el capital

1.—La previsión de la Disposición Transitoria segunda de la Ley que únicamente admite la compatibilidad de la condición de patrono con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad de crédito de la que es accionista la fundación bancaria si aquéllos no representan más del 25 por 100 de los miembros del consejo y sólo temporalmente, hasta que se agote su mandato en curso en la entidad bancaria y, en todo caso, no más tarde del 30 de junio de 2016. 2.—La previsión de la Disposición Adicional octava de la Ley que impide que las fundaciones bancarias puedan ejercer los derechos políticos correspondientes a aquella parte del capital adquirido que les permita mantener una posición igual o superior al 50 por 100 o de control. 3.—La previsión de la Disposición Adicional décima LCF que establece la sumisión de los acuerdos de reparto de dividendos al quórum de constitución reforzado establecido en el art. 194 LSC, y a la mayoría, ciertamente exigente de, al menos, dos tercios del capital presente o representado en la junta. 4.—La obligación de elaboración y cumplimiento de un «protocolo de gestión de la participación financiera» y un «plan financiero» por aquellas fundaciones que posean una participación igual o superior al 30 por 100 del capital en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma (arts. 43 y 44 LCF). 5.—La obligación de elaboración de un «plan de diversificación de inversiones y de gestión de riesgos» por aquellas fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 50 por 100 en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma, y de la creación de una «fondo de reserva» dotado para hacer frente a posibles necesidades de recursos propios de la entidad de crédito participada (art. 44.3), sólo excluible si se opta por la activación de un plan de desinversión. *Vid., infra*, el buen gobierno de las fundaciones bancarias (capítulo IV), epígrafe relativo al nombramiento, duración del cargo de patrono, requisitos para su ejercicio y retribución (apartado I.1) y el referido a los deberes de los patronos y exigencia de responsabilidad (apartado I.3).

¹⁷ *Vid.* art. 38 y art. 45 LCF.

¹⁸ Así, *vid.* M. VIÑUELAS SANZ, «Gobierno corporativo en asociaciones y fundaciones», en S. HIERRO ANIBARRO (dir.), *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 149.

de una sociedad mercantil —incluso de forma mayoritaria—¹⁹, se suma la relevancia que en ellas adquiere la existencia de una «gestión diligente y fiel a los fines generales perseguidos». De esta buena gestión dependen, asociaciones y fundaciones, aún en mayor medida que otras personas jurídicas no mercantiles, en tanto sostiene el apoyo que precisan de las instituciones o de la sociedad en general, para la consecución de sus fines²⁰. Y a ella pueden contribuir significadamente las recomendaciones de buen gobierno²¹.

En el caso de las sociedades cooperativas, la progresiva evolución normativa desde un tipo civil, de carácter asociativo, a una regulación próxima a tipos mercantiles de estructura corporativa —especialmente, a la sociedad anónima²²—, facilita la aplicación de las reglas de buen gobierno destinadas a ellos y ha permitido avanzar hacia la implantación de una organización más compleja, en aras de su consolidación económica. A esta idea responde el reforzamiento del órgano de administración por la normativa²³.

¹⁹ Sobre esta posibilidad, *vid.* A. SOTILLO MARTÍ, «Art. 24. Actividades económicas», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 658. M. PÉREZ ESCOLAR, M. A. CABRA DE LUNA y R. DE LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», en R. LORENZO, J. L. PIÑAR y T. SANJURJO (dirs.), *Tratado de fundaciones*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, pp. 296-297. A su vez, esta posibilidad nos acerca al ámbito de los grupos de empresas o de sociedades. *Vid.*, al respecto, J. M. EMBID IRUJO, «Fundaciones y actividades empresariales en Derecho español», *Derecho de los Negocios*, núm. 160, enero de 2004, pp. 9 y ss. En relación con las asociaciones y la posibilidad de ejercer una actividad empresarial no sólo de forma marginal, también a modo principal o aun exclusivo, siempre que se realice con carácter instrumental respecto de los fines de la asociación. *Vid.* A. ROJO, «En empresario (II). Empresario individual y empresario persona jurídica», en URÍA/MENENDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, Madrid, Civitas/Thomson, 2006, pp. 107.

²⁰ La inexistencia de socios en las fundaciones que bajo los imperativos de la búsqueda de beneficio y su reparto, controlen o vigilen la administración, la inexistencia de un mercado operativo sobre estas personas jurídicas que controle de calidad la gestión y de la prestación o servicio ofrecido y la presencia de administradores no remunerados, generalmente voluntarios sin preparación y dedicación suficiente, pues reciben su sustento de otra dedicación principal, puede ocasionar aún mayores problemas de falta de control y de ineficiencia y la pérdida de cuidado en la gestión por parte de administradores, que los que se presentan en las sociedades corporativas. En general, a favor de la posible incorporación de las recomendaciones de buen gobierno corporativo al ámbito de las organizaciones no lucrativas, aunque con adaptaciones, cuando fuera necesario, principalmente, *vid.* A. PERDICES HUETOS, «Hacia unas reglas», *RJUAM*, núm. 17, 2008-I, pp. 141 y ss. En la doctrina internacional, fundamentalmente, *vid.* K. HOPI, «The board of nonprofit artorganizations: some corporate governance thoughts from Europe», en HOPI/VON PIEL (eds.), *Comparative*, pp. 538-540. También, *vid.* K. DECKERT, «Nonprofit organizations in France», en HOPI y VON PIEL (eds.), *Comparative*, p. 324.

²¹ Así lo subraya la *Guía práctica de Buen Gobierno para las ONG: Asociaciones de utilidad pública y Fundaciones*, núm. 0.3.

²² Así, *vid.* C. PAZ-ARES, «Sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades», en *Curso de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., Madrid, Civitas/Thomson, 2006, pp. 542. En algunos aspectos concretos, la propia normativa estatal se remite a la regulación de las sociedades anónimas, como la responsabilidad (art. 43), o la impugnación de acuerdos de la asamblea general (art. 31).

²³ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley de Cooperativas 27/1999, de 16 de julio, destaca, como objetivo prioritario de la Ley, la consolidación empresarial de la cooperativa mediante «el reforzamiento del órgano de gobierno y administración» (con-

No obstante, el carácter personalista y democrático que preside la cooperativa²⁴ queda en entredicho por el espacio desmedido concedido a la autonomía de la voluntad²⁵, al que se abandona, en gran medida, la protección de los socios y el ejercicio de sus derechos, y demanda, especialmente en relación con la mejora del funcionamiento de la asamblea general y el ejercicio de sus funciones de control interno, una actuación conjunta del legislador, que otorgue unas garantías jurídico-formales y técnicas mínimas, así como una aplicación cuidadosa de las recomendaciones de buen gobierno en esta misma línea²⁶.

La significación que pueden alcanzar las recomendaciones de buen gobierno en el ámbito de asociaciones, fundaciones y cooperativas, en tanto personas jurídicas no mercantiles con una pujante presencia, directa o indirecta, en el mercado, justifican su estudio en este trabajo.

sejo rector), junto al acceso a nuevas modalidades de captación de recursos. Expresión de este objetivo es, entre otras, la delimitación de competencias respecto de la asamblea general, que a diferencia de lo previsto en la Ley de 1987, únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materias que la propia Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social (art. 21 LC 27/1999).

²⁴ La *Declaración sobre la identidad Cooperativa*, establecida en el XXXI Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) hace referencia al concepto de cooperativa, reconociendo que es «una asociación autónoma de personas que se han reunido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática». Subrayando la relevancia de los valores y principios cooperativos formulados por la ACI y de la promoción de una educación continuada en ellos, entre sus miembros, *vid.* L. SHAW, «Overview of corporate governance issues for co-operatives», *Commissioned by the Global Corporate Governance Forum*, 2007, pp. 14 y 34.

²⁵ Denunciando el excesivo espacio concedido a la auto-regulación de los órganos sociales vía estatutaria. *Vid. infra* capítulo referido al buen gobierno de la cooperativa, apartado I. Tal concesión a la auto-regulación, se reconoce, por lo demás, como una de las claves de Ley de cooperativas 27/1999 en su Exposición de Motivos.

²⁶ Partiendo del carácter personalista y democrático, puede trasladarse a la asamblea general, la concepción de la junta general de socios —más presente en sociedades no cotizadas y familiares— como vehículo a través del cual los socios obtienen información relativa a la sociedad, participan en la adopción de los asuntos referentes a su gobierno. Así como las obligaciones atribuidas a la junta general de promover la participación de los socios en ella, garantizar que los intereses y expectativas de los socios, aun minoritarios, sean satisfechos y velar por el ejercicio de sus derechos. Así, *vid. Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas*, núm. II, *Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares*, núm. I.1. La *Guía Práctica de Buen Gobierno para las ONG: Asociaciones de utilidad pública y Fundaciones*, destaca especialmente el papel de la Asamblea de socios (en asociaciones), o Protectorado (en fundaciones) como supervisor de la entidad y su gestión, núm. I.3.1. *Vid., infra*, capítulo V, referido al buen gobierno de la cooperativa.

Capítulo I. *El buen gobierno de las asociaciones**

SUMARIO: I. ASAMBLEA GENERAL: 1. Funcionamiento de la asamblea general.—II. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN. NOMBRAMIENTO Y DURACIÓN DEL CARGO: 1. Remuneración. 2. Organización y funcionamiento del órgano de administración. Comisiones. 3. Deberes de los miembros del órgano de administración y exigencia de responsabilidad.

La asociación, en un sentido amplio, acoge a toda agrupación de personas con un interés común. Entre ellas se incluye la sociedad. No obstante, el interés común perseguido en ambas es distinto: de carácter general, la asociación, y en cambio, de índole particular, la sociedad¹.

Tal diferencia no impide el desarrollo de una actividad empresarial, aceptada legalmente siempre que se realice con carácter instrumental respecto de los fines generales perseguidos². Sólo se manifiesta en el destino de los beneficios obtenidos, que en el caso de la asociación, no cabe su reparto, directo o indirecto, entre los asociados, debiendo encauzarse al cumplimiento de sus fines generales (art. 13 LOA).

La concepción de las asociaciones, y por ende de las sociedades, como una agrupación de personas en torno a la persecución de un inte-

* Para la realización de este epígrafe se ha tenido en cuenta tanto la regulación estatal sobre Asociaciones (Ley LOA 1/2002, de 22 de marzo, de Asociaciones, *BOE* de 26 de marzo de 2002, núm. 73), como la legislación autonómica: Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunidad Valenciana (*BOE* de 6 de diciembre de 2008, núm. 294), Ley 7/1997 de 18 de junio de Asociaciones de Cataluña (*BOE* de 24 de julio de 1997, núm. 176), Ley 4/2003 de 28 de febrero de Asociaciones de Canarias (*BOE* de 1 de abril de 2003, núm. 78), Ley 7/2007 de 22 de junio, de Asociaciones del País Vasco (*Boletín* 2007 núm. 134, de 12 de julio de 2007).

¹ Por todos, *vid.* Díez PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 11.ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, pp. 601 y ss.

² *Vid.* A. ROJO, «El empresario (II). Empresario individual y empresario persona jurídica», en *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid, Civitas, 2006, p. 107.

rés, aunque éste difiera, permite comprender la necesidad de articular una organización estable que permita alcanzarlo³.

Adoptan así una estructura corporativa, que además facilita el ejercicio, en su caso, de una actividad empresarial en el mercado, y se les dota de una personalidad jurídica plena, independiente de las vicisitudes personales de los socios, con autonomía patrimonial total (limitación de responsabilidad), régimen colegial (mayorías, convocatorias etc.) y diferenciación de los órganos deliberantes (asamblea general) y de administración (órgano de representación)⁴.

Dichos aspectos organizativos, sin embargo, se encuentran parcialmente desarrollados en la normativa de las asociaciones, en vivo contraste con la creciente importancia de sus actividades empresariales en el mercado, y por comparación con las sociedades, no en vano denominadas «corporativas».

Se explica, así, que pueda ser de utilidad la aplicación de algunas recomendaciones de buen gobierno desplegadas en el ámbito societario, si bien adaptadas, cuando fuera preciso, al perfil general de la asociación y su naturaleza, o incluso a la asociación concreta de que se trate y su tamaño —que puede ser muy variado⁵. Todo ello, además, sin perjuicio de que en determinados aspectos, más allá de las recomendaciones, resulte conveniente una adaptación de la normativa de la asociación a su realidad actual.

I. ASAMBLEA GENERAL

El órgano de administración debe gestionar y representar los intereses de la asociación de acuerdo con las disposiciones y directrices de la

³ Así, *vid.* M. VIÑUELAS SANZ, «Gobierno corporativo en asociaciones y fundaciones», en S. HIERRO ANIBARRO (dir.), *Gobierno corporativo, op. cit.*, p. 150.

⁴ Destacando el carácter corporativo de la asociación, *vid.* M. J. SANTOS MORÓN, ¿Es la asociación una fórmula adecuada de estructuración de entidades público-privadas?, en EMBID y EMPARANZA, *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 73-74.

⁵ La estructura corporativa de la asociación, que comparte con las sociedades de capital, ha llevado a sostener la conceptualización de la asociación como sociedad y ha de imbricar el análisis de su régimen jurídico en la perspectiva del Derecho de sociedades. *Vid.* S. PÉREZ ESCALONA, *La asociación y el Derecho de sociedades: una revisión en clave contractual*. Cizur Menor, Thomson/Civitas, pp. 23 y ss. Postura que ha de matizarse, pues el acercamiento a la sociedad, al igual que la aplicación de las recomendaciones de gobierno corporativo, ha de hacerse desde la atención a las diferencias, entre ellas, el marcado carácter personalista de la asociación, la finalidad general a la que se encamina el ejercicio de su actividad empresarial o la ausencia de capital social. En sentido opuesto, destacando las diferencias con las sociedades de capital y rechazando la aplicación generalizada del régimen de las sociedades de estructura corporativa, *vid.* M. J. SANTOS MORÓN, *La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos*, Madrid, Iustel, 2007, p. 106.

asamblea general, lo que sitúa a esta última como «órgano supremo de gobierno de la asociación» (art. 11.3 y 4 LOA)⁶.

La preponderancia otorgada legalmente a la asamblea general le permite someter a su consideración aquellos asuntos que estime oportuno, y favorece el control por parte de los asociados, a través de la asamblea, respecto de la actuación gestora de los administradores y su diligencia⁷. Siempre, claro está, que la asamblea sea un órgano vivo y dinámico, con frecuentes reuniones y capaz de agrupar en torno suyo una parte significativa de sus miembros.

Sin embargo, la realidad muestra el número creciente de asociados o donantes que colaboran con las asociaciones sin hacer un seguimiento del destino de sus aportaciones, desentendiéndose de su gestión, en la confianza de que se destinarán al fin previsto, y con la consecuencia de la perpetuación de los administradores en sus cargos⁸.

De ahí que no pueda obviarse la conveniencia de potenciar el dinamismo de la asamblea general y su efectividad como órgano de gobierno y control, sin renunciar, para ello, a la ayuda que puedan prestarnos aquellas recomendaciones de buen gobierno, que atendiendo problemas similares en el ámbito de las sociedades corporativas, puedan adaptarse al tinte personalista de las asociaciones⁹, en las que la asamblea general cobra mayor relevancia¹⁰.

⁶ En la legislación autonómica reflejan la preponderancia de la asamblea general: art. 19.1 LA de Canarias, art. 12.2 LC de Cataluña, art. 17.1 LA del País Vasco, y con menor claridad, art. 42.2 LAC Valenciana.

⁷ Algunas leyes autonómicas de asociaciones expresamente otorgan a la asamblea general la función de vigilancia y control de la actividad del órgano de administración y la aprobación de su gestión [art. 12. 1.c) y b), de la Ley de Asociaciones de Cataluña; art. 20.1.c) de la Ley de Asociaciones Canaria; art. 16.3, d) de la Ley de Asociaciones del País Vasco]. Incluida la LA del País Vasco, que contempla la posibilidad de que la asamblea general asuma la condición de órgano de gobierno, y no exista órgano de administración (art. 17.1).

⁸ En este sentido, *vid.* E. BRODY, «The Board of Nonprofit Organizations: Puzzling Through the Gaps Between Law and Practice» en HOPT y VON PIEL (eds.), *Comparative, op. cit.*, p. 527.

⁹ *Vid.*, entre otros, T. HIPPEL, «Nonprofit organizations in Germany», en K. J. HOPT y T. VON PIEL (eds.), *Comparative, op. cit.*, p. 226. El desinterés del socio en la participación en la asamblea general, es un problema compartido por los socios y accionistas de las sociedades corporativas, pese a que la condición de propietarios de estos últimos pudiera, en principio, hacer pensar lo contrario. Así, se aprecia en las grandes sociedades cotizadas cuyos accionistas están más atentos a la rentabilidad de su inversión que preocupados por la gestión y marcha de la sociedad. Pero también se aprecia en sociedades no cotizadas de pequeña o mediana dimensión, en parte debido a la falta de agilidad en el funcionamiento del órgano (por todos, *vid.* J. M. MUÑOZ PAREDES, «La junta general: nuevos y viejos problemas», en *Estudios en Homenaje al profesor J. M. Muñoz Planas*, Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2011, pp. 546 y ss). En respuesta a esta realidad, la reciente Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE de 4 de diciembre de 2014, núm. 293), introduce relevantes modificaciones que afectan al régimen de la junta general con la pretensión de reforzar el papel de la junta y abrir cauces para fomentar la participación del socio (*vid.* Preámbulo núm. IV). Entre ellas, se otorga competencia a la junta general para adquirir o enajenar activos esen-

1. Funcionamiento de la asamblea general

En beneficio del dinamismo de la asamblea general y el mejor cumplimiento de sus funciones, se aconseja, en especial, el impulso del derecho de información del asociado y su derecho de asistencia, reconocido de forma general por la normativa tanto estatal como autonómica¹¹, pero escasamente desarrollado en relación con la celebración de la asamblea general.

Por lo que atañe al derecho de información, conviene exigir —vía estatutaria o mediante el reglamento de funcionamiento interno del órgano— la presentación de la información financiera y de gestión de manera comprensible y de forma periódica, a fin de promover una comunicación fluida entre asociación y asociados¹².

Igualmente puede favorecer el debate, la información e implicación del asociado, la celebración de la asamblea general con la regularidad precisa, que, tanto la legislación estatal como autonómica, cifra en, al menos, una al año, pero que podría elevarse cuando fuera preciso¹³.

ciales, presumiéndose este carácter cuando el importe de la operación supere el 25 por 100 del valor de los activos del último balance aprobado [art. 160.f) LSC]; y la extensión a la sociedad anónima de la facultad, hasta ahora atribuida a la junta en sociedades de responsabilidad limitada, de impartir instrucciones vinculantes en el ámbito de la gestión o someter a su autorización la adopción de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión (art. 161 LSC).

¹⁰ Apuntando la relevancia del socio, y la relación de «confianza personal» que le une con la asociación, *vid.*, por todos, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, I. Parte general, vol. 2.º, *Personas*, 6.ª ed., Madrid, Dykinson, 2010, p. 302. En la normativa se manifiesta, entre otros aspectos, en la intransmibilidad de la condición de asociado por causa de muerte o a título gratuito, salvo que los estatutos dispongan otra cosa (art. 20 LOA).

¹¹ En relación con el derecho de asistencia, el establecimiento de restricciones podría contravenir la concepción de la asamblea general como órgano que integra la totalidad de los asociados (*vid.* PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 11.ª ed., p. 608). Subraya este aspecto la LA del País Vasco al definir la asamblea general como «el órgano supremo de gobierno, integrado por todas las personas asociadas» [art. 15.1.a)]. No obstante, en asociaciones con un número muy amplio de asociados parece posible que los estatutos prevean canalizar su asistencia a través de una persona que asista en representación de varios de ellos. En este sentido, *vid.* SIRVET GARCÍA, «Algunas consideraciones en torno a las limitaciones estatutarias de los derechos de asistencia y voto en la asociación», *RdS*, 2004-2, núm. 23, pp. 218, 219.

En relación con el derecho de información, el asociado puede acceder a toda la documentación contable y relativa al desarrollo de la actividad de la asociación, así como a la composición de los órganos de gobierno y representación [art. 14.2 y 21.b) LOA], En el ámbito legislativo autonómico, *vid.* art. 13.c), d) y f) LA de Canarias, art. 26.d) y e) LA del País Vasco, art. 22.3, 5 y 6.

¹² *Vid.* *Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas*, núm. II, 1. *Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe*, núm. 14.

¹³ *Vid.* art. 11.3 LOA, y legislación autonómica: art. 20.2, LA de Canarias; art. 16.2, LA del País Vasco; art. 12.1, LA de Cataluña.