

HACIA UNAS REGLAS DE GOBIERNO CORPORATIVO DEL SECTOR NO LUCRATIVO*

ANTONIO B. PERDICES HUETOS**

Resumen: El presente trabajo plantea la viabilidad de trasladar la experiencia de los Códigos de Buen Gobierno Corporativo en el ámbito de las sociedades cotizadas al ámbito del llamado tercer sector o sector no lucrativo, en particular a las organizaciones de carácter filantrópico. En ese sentido, descartada una traslación mecánica de sus principios dada la diferente estructura de propiedad y fines perseguidos en uno y otro sector, no deja de ser clara la necesidad de mecanismos de fiscalización y ordenación de la actividad de las organizaciones no lucrativas y sus directivos, y en ese sentido la redacción de modelos o códigos de buena conducta para la gestión de estas organizaciones es una herramienta cada vez más útil. Lo anterior es especialmente claro en lo tocante a los deberes de lealtad y diligencia de los administradores de estas entidades, fomentando en la medida que la legislación sustantiva y fiscal lo permita, la profesionalización de sus miembros y la posibilidad de fiscalización de sus actos por los *stakeholders* de estas organizaciones –voluntarios, donantes, etc.–

Palabras clave: tercer sector, asociaciones, fundaciones, organizaciones no lucrativas, buen gobierno corporativo.

Abstract: The following paper considers the benefits of drawing a Code of Good Practices in the so called third sector. The goal is to determine if it is feasible to translate the principles of the Corporate Governance model into the language of the Non Profit Organizations, taking into account the very different property structure and the very different rationale and goals that are present in the latter. We think that this kind of “Soft Law” for the Non Profit Sector is not only possible but also desirable, specially regarding the formulation and definition of the director’s duties and the legal mechanisms in order to allow the stakeholders of these organization a proper enforcement of those duties.

Key words: Third Sector, Foundations, Associations, Non profit organizations, Corporate Governance.

SUMARIO: I. LA CONVENIENCIA DE REGLAS DE GOBIERNO CORPORATIVO PARA LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS; II. LA VIABILIDAD DE UN SISTEMA DE REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO PARA EL SECTOR NO LUCRATIVO; III. EL SECTOR NO LUCRATIVO RELEVANTE A EFECTOS DE LA FORMULACIÓN DE REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO; IV. LÍNEAS POSIBLES PARA LA FORMULACIÓN DE UN CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS Y GOBIERNO CORPORATIVO DE ENTIDADES NO LUCRATIVAS: 1. Estructura y

* Fecha de recepción: 31 de julio de 2007.

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2008.

** Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Pública de Navarra.

composición del órgano de administración; 2. Los deberes de los administradores; 3. Exigencia de responsabilidad y falta de litigiosidad; 4. La necesaria transparencia; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

I. LA CONVENIENCIA DE REGLAS DE GOBIERNO CORPORATIVO PARA LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS

El objeto de las siguientes consideraciones es una primera aproximación a la posibilidad de formular en nuestro sistema jurídico unas reglas sobre buenas prácticas de gobierno corporativo para organizaciones no lucrativas. Se trata con ello, en esencia, de considerar de modo preliminar si las aportaciones del movimiento de *Corporate Governance*, concebido inicialmente para las sociedades implicadas en mercados de control, es o no trasladable y en qué medida al gobierno del cada vez más relevante sector no lucrativo. La razón de este intento es clara: frente a la tradicional desatención por parte de legislador y doctrina de los problemas del gobierno de un sector no lucrativo cada vez más relevante en la economía y la sociedad de nuestra época (a), ha surgido al calor de sonoros escándalos una clara demanda social de reglas de buenas prácticas en la gestión de ese así llamado sector independiente o *tercer sector* (b).

a) En efecto, las organizaciones no lucrativas están cada vez más presentes en los servicios de educación, deporte, cultura, sanidad, cooperación y solidaridad, etc., incluso, aunque entre nosotros no sea habitual, compitiendo y presentándose como alternativa en términos de normalidad con entidades lucrativas en la oferta de bienes y servicios¹. Sin embargo, aparte de la regulación propia y en muchas ocasiones de escasa calidad técnica correspondiente a la forma jurídica adoptada en cada caso –asociaciones, fundaciones, cooperativas sin ánimo de lucro, etc. –², estas entidades no lucrativas carecen en nuestra cultura

¹ V., p.ej., el análisis comparativo en los Estados Unidos del allí relevante sector hospitalario no lucrativo frente al sector sanitario privado de D. LIEN, “Competition between Nonprofit and For-Profit Firms”, *Int. J. Bus. and Economics*, n. 3 (2002), pp. 193 y ss. Es también interesante por la comparación que hace de la concurrencia de los sectores privado, público y no lucrativo en ese ámbito hospitalario el estudio de J.R. HOROWITZ, “Why We Need the Independent Sector: The Behavior, Law and Ethics of Not-for-Profit Hospitals”, *UCLA Law Rev.*, n. 50 (2003), pp. 1345 y ss. Para un panorama de lo extenso del sector se puede consultar la página de Intenert <http://www.guidestar.org>, con un elenco de las principales organizaciones no lucrativas americanas, donde se encuentran desde museos a orquestas pasando por hospitales o universidades. En España, los sectores donde de forma más clara entra en competencia el sector privado con el no lucrativo serían los del crédito, donde incluso las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito tienen más cuota de mercado que los bancos, así como en el ámbito de los seguros, con las mutuas de seguros a prima fija como un muy destacado protagonista del sector. No obstante, como se verá, estos operadores acaso merezcan reglas propias de Gobierno corporativo en atención a sus peculiaridades dentro del propio sector no lucrativo.

² Y eso no sólo entre nosotros; de “*cenicientas corporativas*” o del “*hijastro descuidado de las modernas leyes de las organizaciones*” habla H.J. GOLDSCHIMDT, “The Fiduciary Duties of Nonprofit Directors and Officers: Paradoxes, Problems and Proposed Reforms”, *J. Corp. L.*, n. 23 (1997-1998), pp. 631 y ss., p. 638, recogiendo una extendida opinión al respecto en los Estados Unidos. En ese sentido, y a pesar de lo reciente

jurídica de un cuerpo de reglas comunes y generalmente aceptadas en materia de gestión y buenas prácticas corporativas. A esa situación se debe añadir el déficit científico que arrastra la materia debido al tradicional descuido –por no decir indiferencia– hacia la misma por parte de nuestra doctrina iusprivatista, decantada mayoritariamente en sus preferencias por el estudio las sociedades mercantiles³. La solución a ese vacío normativo pasa desde luego y en primer lugar por una adecuada regulación positiva que, trascendiendo los clásicos aspectos fiscales que ocupan al legislador y a los particulares a propósito de estas entidades⁴, se centre de forma reflexiva en sus aspectos sustantivos y de gestión de la misma. Incluso, como en el ámbito comparado, cabría plantearse la conveniencia de actualizar las formas jurídicas de las sociedades no lucrativas frente a las figuras decimonónicas de asociaciones y fundaciones⁵, o cuando menos una puesta al día verdaderamente significativa de esas

de la regulación en este ámbito, resulta pasmoso entre nosotros preguntarse por el Gobierno Corporativo de las asociaciones cuando el legislador ni siquiera le dedica un artículo completo a sus órganos de gobierno, relegando su régimen a la mera voluntad estatutaria y ocupándose de él sólo de forma fragmentaria en los arts. 11.4 y 5 y 12 a) de la Ley 1/2002, Orgánica de Asociaciones (!). Mayor atención, aunque desde luego nada comparable a la prestada en sede de sociedades mercantiles, parece que ha merecido el asunto en la Ley 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones de ámbito estatal en sus arts. 14 y ss., incluyendo un régimen expreso de la autocontratación de los patronos con la fundación en su art. 28. Sobre todo esto se volverá más adelante.

³ No obstante, son de destacar los esfuerzos aislados que desde nuestra doctrina se hacen para aprovechar las enseñanzas del derecho de sociedades en el estudio del régimen de fundaciones y asociaciones; así, en el primer caso, destaca el trabajo de J.R. SALELLES y R. VERDERA, *El patronato de la fundación*, Pamplona, 1997, y en el segundo, el de S. PÉREZ ESCALONA, *La asociación y el derecho de asociaciones. Una revisión en clave contractual*, Madrid, 2007 y el de M.J. SANTOS MORÓN, *La Responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos*, Madrid, 2007. Recientemente, v., el estudio pionero en esta materia de C. PAZ-ARES “El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas (reflexiones preliminares)”, en *La filantropía, tendencia y perspectivas. Homenaje a Rodrigo Uría Meruéndano*, [V. PÉREZ-DÍAZ (Dir)], Madrid, 2008, pp. 147 y ss.

⁴ V., p.ej., la atención del legislador tributario, caso del Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos, el Real Decreto 1740/2003 de 19 de Diciembre, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, y en particular la Ley 49/2002 de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos, etc. De hecho, ese es un fenómeno común en todo el mundo; así se ha podido decir que: “*Tax law drives the regulation of Charities*”, como indica M.R. FREMONT-SMITH, *Governing Nonprofit Organizations. Federal and State Law and Regulation*, Cambridge et al., 2004, p. 114. En ese sentido, p.ej., la decisión sobre remunerar o no a un administrador nos tememos que dependerá no tanto de la eficacia que para la gestión eso pueda suponer sino en gran parte de si ello priva a la entidad de acogerse a los beneficios fiscales correspondientes (v., art. 3.5 L. 49/2002).

⁵ Así, en Estados Unidos las figuras más usadas junto al “*Charitable Trust*” –equivalente a nuestra fundación de interés general– y a la “*Unincorporated Association*” –aunque ésta con responsabilidad ilimitada de los asociados– son la “*Limited Liability Company*” y la “*Nonprofit Corporation*”, auténticas sociedades donde la última acapara la atención de la doctrina y el legislador. Son paradigmáticos en ese sentido, amén de la labor de cada estado, los desarrollos de la legislación federal norteamericana, con un *Proposed Model Nonprofit Corporation Act*, de fecha 2006, frente a la también relativamente reciente legislación de este tipo social aún vigente, la *Revised Model Nonprofit Corporation Act* de 1987 que sustituyó a la original *Nonprofit Corporation Act* de los años 50 [http://meetings.abanet.org/webupload/commupload/CL580000/sitesofinterest_files/MNCAexposedraft.doc], así como unos “*Principles of the Law of the Non Profit Organizations*” del *American Law Institute*, proyecto de 2007. En el Reino Unido se ha desarrollado especialmente la tarea legislativa a

instituciones⁶. No obstante, y dado lo reciente de las leyes de asociaciones y fundaciones de ámbito estatal –ambas de 2002– no parece que a pesar de su claro déficit en esta materia debamos esperar en un futuro cercano una reforma en ese sentido. De ahí que, hasta que eso se produzca o sin perjuicio de ello, el modelo de buenas prácticas en Gobierno Corporativo desarrollado en la experiencia comparada y en nuestra propia experiencia nacional en el ámbito de las sociedades cotizadas sea una opción regulatoria que por su flexibilidad, adaptabilidad e indudable eficacia práctica creemos que vale la pena explorar para la rica fenomenología de este sector. No en vano el capital más valioso de estas entidades es su reputación, y la mejor forma de mantenerla es desde luego el presentar a la sociedad el cumplimiento voluntario de unos estándares de buena y eficiente gestión comúnmente aceptados y codificados⁷.

b) El origen en el tiempo y el espacio del estudio de reglas de buen gobierno para organizaciones no lucrativas, aunque ya planteadas con anterioridad, se sitúa con especial fuerza en la doctrina norteamericana a raíz de la *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*, más conocida como la *Sarbanes-Oxley Act* o simplemente *SOX* de 30 de junio de 2002. Como es sabido, se trata de una legislación de ámbito federal que vino a dar respuesta a graves escándalos corporativos y contables como *Enron* o *WorldCom*, y que proporcionó en aquél país una normativa común y significativa en materia de *Corporate Governance* frente a las tradicionales y meras exigencias de transparencia con que se contentaba su derecho de sociedades. A partir de esa regulación concebida para sociedades cotizadas y a la luz de otros notorios escándalos en la gestión de entidades del sector no lucrativo como la *United Way* o la *Adelphy University*, se ha asistido en ese país una auténtica avalancha de propuestas para la formulación de reglas similares en el ámbito del *Non Profit*⁸. Esa necesidad de reglas o guías de actuación se ha sentido tanto desde la doctrina

través de figuras societarias específicas, como la *Community Interest Company* (CIC), una forma de *Limited Company* creada por la *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* y sometida a un regulador público [www.CICregulator.gov.uk], así como una pura *Charitable Incorporated Organization* (CIO), creada por la *Charities Act 2006*, previéndose desde 2006 incluso a nivel gubernamental una *Office of the Third Sector* en la Oficina del Gabinete a cargo de un *Minister of the Third Sector*.

⁶ A nivel Europeo destaca el *Proyecto de Fundación Europea*, (*Europäische Stiftung*) donde cooperan la *Bertelsmann Stiftung* con la *Compagnia di San Paolo* (Turín), la *ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius* (Hamburgo), la *Bucerius Law School* (Hamburgo) y el *European Foundation Centre* (Bruselas). Al respecto se puede consultar el proyecto de Fundación Europea de 2004 en <http://www.bertelsmann-stiftung.de> y el trabajo al respecto de K. J. HOPT, W. R. WALZ, T. VON HIPPEL y V. THEN (Eds.), *The European Foundation, a new legal approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2006.

⁷ A favor de la redacción de un código para las organizaciones no lucrativas, v., PAZ-ARES, “El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas”, p. 148.

⁸ En Estados Unidos, se han comentado extensamente los casos de las entidades no lucrativas *United Way* en 1992 –con sus consejeros viajando regularmente en *Concorde*–, de la *Adelphy University* en 1997 –cuyo gerente era el segundo mejor pagado en todo el sistema educativo de de Estados Unidos– o de la hija del fundador de la *Hale House* –que se apropió de más de un millón de dólares de un asilo de niños de Harlem-. Aparte de eso, se señala que en los siete años anteriores a 2002 los directivos y administradores de *Non profits* se apropiaron de al menos 1.280 millones de dólares de 152 organizaciones no lucrativas, como señala C.G. BISHOP, “The Deontological Significance of Nonprofit Corporate Governance Standards: A Fiduciary Duty

como especialmente por parte de las propias organizaciones no lucrativas, interesadas en proyectar a la sociedad una apariencia de integridad, transparencia y eficacia; todo ello se ha traducido en un importante y abundante *corpus* de orientaciones o recomendaciones de buen gobierno para el sector no lucrativo⁹. Con ese propósito, la doctrina de aquel país ha realizado un esfuerzo de adaptación de las reglas de las buenas prácticas de Gobierno Corporativo a las entidades no lucrativas, generándose un importante y por lo demás discrepante y rico acervo doctrinal acerca de la posibilidad y, en su caso, del alcance de realizar esa traslación de reglas y principios de una sede a la otra.

De modo similar, España tampoco ha sido ajena a este movimiento de codificación de buenas prácticas en el ámbito de las sociedades cotizadas, habiendo cristalizado como es bien sabido en fechas recientes el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo¹⁰. De modo reflejo a lo sucedido en la experiencia estadounidense, otro tanto cabe decir en cuanto al ámbito de lo no lucrativo, donde el crecimiento del sector ha sido paralelo en cuanto a los escándalos que han rodeado recientemente al mismo. En efecto, a pesar de la falta de cifras fiables en este terreno, se señala que en España se contaba en el año 2000 con 250.000

Without a Remedy”, *Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 08-03, January 23, 2008*, p. 4, en <http://ssrn.com/abstract=1086751>. Por su lado, W.K. SZYMANSKY, “An Allegory of Good and Bad Governance: Applying the SarbanesOxley to Nonprofit Organizations”, Utah L.R. 2007, pp. 1303 y ss., p. 1306, señala el caso de la pública reprensión hacia la Cruz Roja americana por intentar usar más de 500 millones de dólares en donativos para fines distintos a los que justificaron su entrega; a saber, el auxilio a las víctimas del 11-M. En general, v., la exposición de FREMONT-SMITH, *Governing Nonprofit Organizations*, pp. 13 y ss., en respuesta a su propia pregunta “How extensive is the wrongdoing in the sector?”.

⁹ Se pueden consultar las numerosísimas guías éticas de autoregulación surgidas en los últimos años en Estados Unidos a que se hace referencia en los *Principles of the Law of Nonprofit Organizations* del *American Law Institute*, (en lo sucesivo *ALI Principles*) en p. 13, *apud* n. 5 del *Tentative Draft* n.1 de marzo de 2007, destacando en la p. 14 los diez principios generales de la *American Bar Association Coordinating Committee on Nonprofit Governance* de 2005. V., también en el ámbito británico los principios de *The Hallmarks of an effective Charity*, Pub. CC60 (2004), en www.charity-commission.gov.uk/publications/cc60.asp. Un ejemplo de autorregulación interna se puede encontrar en la *Mellon Foundation*, con un Código ético propio de denuncias, autocontratación y transparencia en http://www.mellon.org/about_foundation/policies y, no sin cierto sarcasmo, SZYMANSKI, Utah L.Rev., 2003, p. 1305 indica cómo la *Drexel University* “has voluntarily adopted the burdens of the Act [la Sarbanes-Oxley] with a certain degree of public fanfare”; precisamente sobre este caso, v., J.L. PULLEY, “Drexel U. Adopts Provisions of a Though new Corporate Financial-Reporting Law, but Skeptics Warn Colleges against Moving Too Fast”, *Chronicle of Higher Education*, 13 de junio de 2003, p. 27. En esa línea también se ha denunciado que ante la falta de datos empíricos, y más allá de la reacción ante sonados escándalos, se ha de evitar “the current over prescription of non profit governance best practices”, como indica K. M. BOOZANG, “Does an independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance?”, *Working Paper, (July 2007)*, Seton Hall University School of Law, p. 19., en <http://ssrn.com/abstract=229082>.

¹⁰ Disponible junto con sus antecedentes en la sección de publicaciones de la página Web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, <http://www.cnmv.es>. La literatura al respecto es ya abundante en nuestro ordenamiento permitiéndonos remitir al lector interesado a C. PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, 2007. Para un comentario sistemático a las disposiciones de ese Código podemos señalar el de R. MATEU DE ROS, *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Pamplona, 2007. Recientemente la prensa ha recogido los primeros frutos de esta iniciativa, v., el editorial de “El País”: “Decepción Corporativa” de 25 de mayo de 2008.

organizaciones no lucrativas, con cerca de 26 millones de cuotas, unos 11 millones de personas asociadas, un millón de voluntarios que dedicaban más de cuatro horas semanales a colaborar en las actividades del sector, más de 475.000 empleos remunerados a tiempo completo y unos gastos operativos que suponían el 4% del PIB. En 2002, de acuerdo con los datos anteriores revisados en 2006, el número había subido a más de 360.000 organizaciones no lucrativas, con más de 4 millones de voluntarios, y 7.3 millones de personas que hacen donaciones a parte de las cuotas de asociado, así como más 690.000 empleos a tiempo completo¹¹.

En lógica correspondencia con ese auge numérico, la práctica ha denunciado sonados casos de mala gestión o simplemente de comportamientos ilícitos que han podido poner en cuestión la natural confianza del público en la gestión desde organizaciones no gubernamentales para el desarrollo a museos nacionales de relieve internacional¹². Lógicamente, eso no incluye la cifra negra de lo que simplemente son actos de descuido negligente o simplemente de conflictos de interés o mala gestión aislada que no llegan a tener relevancia mediática. De ahí que entre nosotros y precisamente como una necesidad sentida por el propio sector de entidades no lucrativas haya comenzado un incipiente pero pujante movimiento en el sentido de someter a las organizaciones sin ánimo de lucro a un control o disciplina de funcionamiento externo, especialmente en el caso más sensible para la sociedad como es el de las Organizaciones no gubernamentales para el desarrollo. A tal fin se vienen ensayando las más variadas fórmulas de *monitoring*, como el control y calificación públicos de entidades beneficiarias de ayudas de las distintas administraciones, los mecanismos de autorregulación autónoma o externa, o incluso la obtención de certificados de calificación de calidad, caso

¹¹ Son cifras de J. I. RUIZ OLABUÉNAGA (Dir): *El Sector No Lucrativo en España*, Madrid, Fundación BBV. Documenta, 2000, aunque se padece de una endémica falta de información en este sector, como indican M. Cordobés, V. RIPOLL, P. SOLDEVILLA, “Control de gestión en organizaciones no lucrativas: el caso de los colegios de economistas de España”, *Working Paper*, p. 3, en http://www.thesisenxarxa.net/tesis_upf/available/tdx-0416102-133216//tpsg1del1.pdf, y en la Revista iberoamericana de contabilidad de gestión, 7, (2006) , pp. 203-228. Otros estudios más recientes, también referidos en ese trabajo, indican que más del 6% de los asalariados lo son en el tercer sector, en general A. JIMÉNEZ LARA, «El mosaico no lucrativo», en *El sector no lucrativo en España. Una visión reciente*, [J.I. RUIZ OLAGABUENA (Dir.)], Fundación BBVA, Madrid, 2006, pp. 27 y ss. y en http://usuarios.discapnet.es/AJimenez/tercer_sector/snl.htm#_ftn2. En Estados Unidos, el país con mayor presencia de este sector no lucrativo, su volumen se cifra en “1.6 million tax-exempt organizations holding \$2.4 trillion in assets”, como indica recientemente L.N. MULLIGAN, “What’s Good for the Goose is (not) Good for the Gander: Sarbanes-Oxley-Style Nonprofit reforms”, *Mich.L.R.*, n 105 (2007), pp. 1981 y ss., p. 1986.

¹² Basta con recordar casos tan conocidos como los de las ONGs Intervida y a la que la Fiscalía Anticorrupción acusó de una estafa de 200 millones de euros por desviar cantidades millonarias a fines distintos de los previstos, o Anesvad, o los despidos y dimisiones en el seno de Museos, como el caso de la fundación Guggenheim de Bilbao, donde su Director Financiero fue acusado de apropiarse más de medio millón de euros entre 1998 y 2005; v., <http://www.diariovasco.com/20080424/cultura/vidarte-admite-fallos-pero-20080424.html>. Incluso en naciones tan escrupulosas como Suiza son conocidos los escándalos de la “Fundación suiza de paraplégicos” o la de “Hombres contra las minas”.

paradigmático de las ya mencionadas Organizaciones no gubernamentales¹³. A continuación, y sin perjuicio del interés de esas iniciativas cuyos términos se contrastarán y analizarán a propósito de cada asunto, no podemos dejar de apuntar el interés de formular algunas pautas en el sentido de un modelo unificado de buen gobierno de entidades no lucrativas.

II. LA VIABILIDAD DE UN SISTEMA DE REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO PARA EL SECTOR NO LUCRATIVO

La necesidad de formular reglas de buen gobierno y gestión del sector no lucrativo aparece ante la manifiesta insuficiencia de lo que se podría llamar la función autorregulatoria de la ausencia de ánimo de lucro (a). No obstante, y a pesar de reconocer la necesidad de criterios de gestión, parece derivarse de la presencia de esos fines filantrópicos o altruistas que las reglas de buena gestión del sector privado no le pueden cuadrar bien. Pues bien, frente a esa intuición podemos sostener que son *precisamente* las peculiaridades de estructura organizativa y de gestión que supone esa falta de ganancias partibles y de socios propietarios que las esperan no tanto una barrera para la formulación de reglas de buen gobierno sino precisamente la mejor justificación de su acuciante necesidad (b).

a) En efecto, como es sabido la explicación tradicional del atractivo de los bienes y sobre todo los servicios ofrecidos por las entidades no lucrativas se suele cifrar en que al no estar guiadas por la maximización del beneficio económico no existe para las mismas el incentivo de recortar la calidad o de cargar precios excesivos para incrementarlo. Eso disminuiría el coste de información del consumidor y aumentaría su confianza, especialmente en los sectores donde esa calidad es más difícil de controlar por el cliente o beneficiario, caso de la sanidad o las guarderías infantiles (productos de confianza o “*Trust Goods*”). Lo anterior sucede forma similar respecto a quien confía su esfuerzo o su dinero a una organización de este tipo: es clásico en esa dirección apuntar que, por ejemplo, la distribución de alimentos a necesitados se confía a entidades no lucrativas financiadas a través de donativos porque de hacerse a entidades lucrativas –pagando por ejemplo cada benefactor a un supermercado para que entregue esa comida– no habría forma de controlar que efectivamente esos alimentos llegaran a su destino en lugar de a los propietarios del negocio. Debido a esa imposibilidad de control, la ausencia de imperativos de beneficio hace que esas *Non profit*

¹³ Casos sobre los que se volverá más adelante de la “*Fundación Lealtad*”, que edita una “*Guía de Transparencia*” (<http://www.fundacionlealtad.org/web/jsp/guia/verLaGuia>), o la “*Coordinadora de ONG de desarrollo de España*” (CONGDE), asociación que dispone de un “*Código de Conducta de las ONG de desarrollo de la coordinadora de ONGD-España*” (http://www.congde.org/uploads/descargas/Codigo_de_conducta_2008.pdf). En la experiencia comparada, y arrancando de fecha tan temprana como 1934, se puede destacar la Fundación ZEW0 en Suiza (www.zewo.ch), dedicada al control de la transparencia de entidades con fines generales que reciben donaciones del público. A parte de su Web, se puede consultar el trabajo de A. DAVATZ, “*Corporate Governance und die Rolle der ZEW0*”, en *Gutes besseres tun*, Bern et al., 2004, pp. 297 y ss.

sean más fiables y el público les haga confiadamente donaciones o contribuciones con ese objetivo¹⁴.

Así surge lo que se ha llamado la paradoja de las entidades no lucrativas: por un lado reciben a fondo perdido importantes cantidades en la confianza de que se destinarán a su fin, pero por otro lado y dado el espejismo garantista del altruismo, la falta de interés propio y la bondad de quien gestiona una organización bondadosa, esas entidades son las que menos cuentas rinden¹⁵. El problema, como es evidente a la luz de la experiencia reciente, radica en que la mera ausencia de ánimo de lucro aunque genere una razonable confianza inicial, no es bastante para asegurar por sí sola la honestidad y la buena gestión de la organización; es decir, que no resuelve los problemas de los costes de agencia entre quienes gestionan la organización y los que, en ocasiones con grandes sacrificios de tiempo y dinero, la promueven y sostienen —como demuestra en otro orden de cosas, el generalizado recelo social hacia la eficacia y algunos casos incluso hacia la honorabilidad del sector público—. Como correctamente se ha señalado, la prohibición de lucro sólo indica *lo que no se puede hacer* —gestionar con la vista puesta en repartir beneficios—, pero no *cómo se deben hacer* correctamente las cosas —gestionar honesta y eficazmente la organización—, y lo primero es claro que no implica necesariamente lo segundo¹⁶. El relajamiento de no tener que presentar una cuenta de resultados positiva puede llevar a más despilfarros, pérdida de calidad y desviaciones de fondos respecto al servicio prestado que el afán desmedido y egoísta de presentar beneficios a los socios¹⁷. Si a eso se suma que en muchas ocasiones la calidad y eficacia

¹⁴ V., por muchos H. HANSMANN en “The Role of Non Profit Enterprise”, Yale L. Y., 89 (1980), pp. 835 y ss., pp. 843 y ss. más recientemente se puede consultar el *Paper* de A. BEN-NER y B. GUI “The Theory of Nonprofit Organizations Revisited”, en <https://netfiles.umn.edu/users/benne001/www/papers/Ben-NerGui2003.pdf>, donde en pp. 16 y ss., apuntan la sugerente noción de que sólo las organizaciones no lucrativas pueden proporcionar “Relational Goods”, es decir, las valiosas relaciones derivadas de la interacción con otros sujetos, lo que el mercado fuera de la psicoterapia o de las damas de compañía no puede proporcionar.

¹⁵ Así lo formula GOLDSCHMIDT, *J. Corp. L.*, n. 23 (1997-1998), pp. 621 y ss., p. 632, achacándolo luego en p. 653 a una “mezcla de historia, ingenuidad, accidente, inercia, temor a efectos contraproducentes, énfasis excesivo en la independencia de lo no lucrativo y creencia de buena fe en la decencia y la honestidad”. O como también ha formulado de manera expresiva FREMONT-SMITH, *Governing Non Profit organizations*, p. 2, existe la creencia asumida socialmente de que puesto que lo persigue la organización es algo bueno, se piensa automáticamente que quienes dirigen esa organización también son buenas personas.

¹⁶ V., v., PAZ-ARES, “El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas”, p. 150, que correctamente habla de un déficit de la capacidad autoregulatoria de la ausencia de lucro; v., además E. BRODY, “Agents without Principals: The Economic Convergence of the Non Profit and For Profit Organizational Forms”, *New York Law School L. R.*, n. 40 (1996), pp. 457 y ss., pp. 459-460, y pp. 462 y ss., donde justamente critica la circularidad del argumento de HANSMANN —como no se puede controlar la calidad se crean *Non profits* cuya calidad no se pueden controlar—, amén de señalar el en ocasiones injustificado mérito o halo de honestidad que rodea sin más toda iniciativa no lucrativa o los problemas que se generan a la hora de marcar parámetros de competencia entre organizaciones no lucrativas (¿*A cuál le doy mi donativo?*).

¹⁷ En el caso extremo, serán los propios beneficiarios de la organización los que asuman la titularidad de la organización para monitorizar mejor a los gestores, caso de las mutuas; v., BEN-NER y GUI, p. 14: “By assuming direct control, a group of stakeholders-contributors can also alleviate the risk their money will be wasted due to lack of care or will be used in part for goals other than their own. However, when affected consumers are

en la prestación de ese servicio es difícilmente mensurable es claro que no puede admitir que los dirigentes de estas organizaciones gocen de una enorme libertad de actuación. Esa es precisamente la tarea del *Nonprofit Corporate Governance*: aumentar la eficiencia de los administradores en su gestión y la confianza en los mismos por parte de sus miembros, voluntarios y benefactores, ya que sólo esa confianza es lo que permitirá la subsistencia y desarrollo de esas organizaciones.

b) No obstante, y como se tendrá ocasión de ver inmediatamente, se han detectado peculiaridades del ámbito de lo no lucrativo que a decir de algunos harían imposible la traslación de principios y reglas del sector privado al así llamado tercer sector o *Non profit*. En efecto, tal vez la principal clave sobre la que descansa el edificio de las reglas de Gobierno Corporativo es la de reducir los costes de agencia que se generan en las sociedades cotizadas. Sin embargo, aun teniendo esos costes, la propia estructura de las entidades lucrativas los permiten reducir al máximo: tienen fines claros –los beneficios– y mensurables a través de los dividendos repartidos y del precio de cotización de los títulos; tienen propietarios –los socios–, que a su vez tienen derechos de voto para remover a los administradores si así lo consideran conveniente; en fin, existe un mercado tanto del control de la propia sociedad, que puede verse opada por quien ofrece a sus socios una mejor gestión, como de los administradores mismos, especialmente interesados tanto en preservar su –bien– remunerado puesto de trabajo actual como sus perspectivas de carrera profesional en el futuro, lo que es un evidente incentivo para preservar su capital humano y su buena reputación como gestores. Sobre esos cañizos estructurales y dogmáticos y para cubrir sus deficiencias es sobre lo que se monta el *Corporate Governance*.

Frente a ello, el mundo de las organizaciones no lucrativas presenta una estructura que parece presenta caracteres abiertamente incompatibles con los apuntados. De entrada no hay propietarios claros¹⁸, sus derechos de voto son en ocasiones inexistentes –caso de las fundaciones–, sus fines en ocasiones son ambiguos o están formulados de manera imprecisa, haciendo muy difícil determinar su consecución o no¹⁹ y, en definitiva, no hay mercados operativos sobre esas organizaciones, ni sobre el propio control de la sociedad ni sobre sus administradores, generalmente voluntarios no remunerados que reciben su sustento de otra

numerous, this strategy can only be adopted by a minority of stakeholders, so non-participating stakeholders must rely on managers and controlling stakeholders to respect of the organization's statutory aims".

¹⁸ Hasta el punto de decir que las no lucrativas no tienen propietarios: "*Nonprofits are unowned*", así, v., G.A MANNE, "Agency Cost and the Oversight of Charitable Organizations", *Wis. L.R.*, 1999, pp. 227 y ss., pp. 234-235: no hay incentivos para que los acreedores residuales controlen al agente simplemente porque no hay acreedores residuales.

¹⁹ No tienen un "*Clear single goal*" como las *For profit*, de modo que el espacio para la litigación o para apreciar si se ha cumplido o no un objetivo es mucho mayor. H. HANSMANN, "Two systems of Law for Corporate Governance: Nonprofit versus For Profit", *Yale Law School*, October 2006 (Preliminary draft) p. 5, en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Two_Systems_for_Corporate_Governance_V04.00.pdf, aunque luego de hecho y en la práctica la litigiosidad en este sector es mucho más escasa que en el lucrativo.

dedicación principal, a menudo la de gestionar una *For profit*²⁰. Lo anterior ha podido llevar a pensar que las reglas de buen gobierno, que no hacen sino desarrollar y completar lo que esas reglas estructurales de control no llegan a controlar de forma completa, resultarían abiertamente inadecuadas en el mundo de las *Not for profit* desde el momento que faltaría la propia base o punto de partida dogmática y estructural de la propiedad y del mercado. Ello ha generado hasta la fecha, especialmente en los Estados Unidos, un rico debate doctrinal acerca de la posibilidad de hacer converger o no esos sectores en cuanto a las buenas prácticas de su gestión²¹.

Esa apreciación acerca de la diversidad estructural, que tiene mucho de intuitivo, no se puede compartir. Y es que las reglas propuestas en el ámbito del sector lucrativo, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones que nadie niega que sean necesarias²², son reglas generales del Derecho Privado de las organizaciones, y en cuanto tales comunes a todas las entidades del mismo más allá de sus fines ideales o crematísticos y de las peculiaridades que de ello se deriven (i). Es más y sobre todo, esas reglas de *Corporate Governance* están llamadas a resolver un problema de agencia común a ambos tipos de organizaciones, problema que si se nos apura se presenta con un mayor y especial dramatismo en las no lucrativas debido precisamente a que la falta de lucro genera una estructura de propiedad y control difusos (ii).

- i) En efecto y de entrada, el así llamado “*Tercer sector*” no es desde el punto de vista de técnica jurídica un auténtico *tertium genus* frente a los sectores público y privado de la economía. En efecto, ese sector de lo no lucrativo comparte estructuras y

²⁰ Esta es la brillante introducción del problema que hace MANNE, *Wis. L.R.*, 1999, pp. 227 y ss., pp. 227-228. Y así, esa falta de control tanto de los propios administradores como de los *stakeholders* y del propio estado es lo que identifica MULLIGAN, *Mich. Law. Rev.*, n. 105 (2007), p. 1991 como barreras sistémicas infranqueables para una formulación de criterios de buen gobierno en esta sede.

²¹ V., p.ej., como un primer trabajo en el sentido de convergencia y compatibilidad el ya citado de BRODY, *New York Law School L. R.*, n. 40 (1996), pp. 457 y ss., que comienza preguntándose “*Are non profits different?*” y concluye en p. 537 que las diferencias entre unas y otras son más de grado que de clase. Precisamente el Prof. BRODY es el principal responsable del proyecto de Principios de Gobierno Corporativo de entidades no lucrativas del *American Law Institute* de 2007 sobre los que se volverá más adelante. No obstante, ya en 1998 se planteaban dudas respecto a esa compatibilidad, así, se pueden ver los trabajos de V., J.A. ALEXANDER y B.J. WEINER, “The adoption of the Corporate Governance Model by non Profit Organizations”, *Nonprofit Management and Leadership*, vol. 8, n.3, Spring 1998, pp. 223 y ss. y tras la Ley *Sarbanes-Oxley*, con bibliografía actualizada a C.G. BISHOP, “The Deontological Significance of Nonprofit Corporate Governance Standards: A Fiduciary Duty Without a Remedy”, *Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 08-03, January 23, 2008*, pp. 3 y 4, en <http://ssrn.com/abstract=1086751>. Crítica también recientemente la trasposición al sector del *non profit* las reglas de la *Sarbanes Oxley Act*, actualmente en vigor en siete estados de Estados Unidos el ya citado trabajo de L.N. MULLIGAN “What’s good for the Goose is (not) good for the Gander: Sarbanes-Oxley-Style Nonprofit reforms”, *Mich.L.R.*, n. 105 (2007), pp. 1981 y ss., lo que se podría traducir más o menos como “lo que es bueno para la gansa (el *For profit*) no lo es para el *ganso* (el not-for-profit)”, y que no es sino una broma a partir del refrán inglés “*What’s sauce for the goose is sauce for the gander*”.

²² Como indica gráficamente SZYMANSKY, *Utah L.R.*, 2007, pp. 1303 y ss., se trata de evitar las “*cut and paste provisions*” (el corta y pega) de mega sociedades cotizadas a entidades sin lucro.

esquemas jurídicos y de gestión con el sector privado o *For-profit* frente al otro –el público–, amén por cierto y como se ha visto de compartir sus escándalos por mala gestión. Y es que las formas asociativas y de organización del sector no lucrativo son jurídico privadas, el régimen de contratación es privado, las organizaciones sin lucro compiten entre sí y con las lucrativas²³ y, en fin, la responsabilidad de los gestores es igualmente jurídico privada, por mucho que las finalidades perseguidas puedan ser de interés general o en beneficio de la comunidad. En esa dirección, y por mucho que sociológicamente lo no lucrativo u orientado al interés general parezca trascender al Derecho Privado, lo cierto es que la primera respuesta jurídica a sus problemas de gestión debe ser partir de la experiencia de la regulación de la gestión de las sociedades del sector lucrativo para intentar trasladarles, *mutatis mutandis*, sus reglas y principios. Por lo demás, esa parece la alternativa más lógica, y es que ya desde un punto de vista práctico, es sumamente dudoso que la traslación al sector no lucrativo de las reglas del sector público tenga realmente alguna virtualidad, desde el momento que los aspectos públicos de la vigente regulación del sector, caso de la actividad supervisora de los protectorados, tampoco parezca excesivamente eficaz en cuanto a la consecución de los fines y la eficacia de la gestión.

- ii) Confirmación de lo anterior es que, sin perjuicio de las peculiaridades derivadas de la estructura de propiedad de las distintas organizaciones, ambas comparten en su esencia el problema de las relaciones entre principal y agente, siendo especialmente relevante en este sentido el problema de los deberes de lealtad y fidelidad de éste último, así como el de las reglas de transparencia. Téngase en cuenta lo ya apuntado respecto a la dificultad de controlar el rendimiento de la organización a falta de referentes como el beneficio neto o la cotización de los títulos, por no hablar de las dificultades sobre todo en materia de legitimación a la hora de exigir eventuales responsabilidades. Quien realiza una sustanciosa donación a una fundación o es “amigo”, voluntario o colaborador de la misma no sabrá si esa organización cumple realmente y de manera eficaz sus objetivos, ni lo que tal vez peor, y aunque pueda llegar a saberlo, no podrá hacer nada frente a quienes han despilfarrado su esfuerzo o su dinero. En ese sentido, el que nos encontremos ante una entidad no lucrativa no debe afectar de forma relevante las motivaciones y la forma de actuación de los sujetos implicados en su gestión, que en todo caso, deben actuar con la diligencia de *un leal representante* (v., p.ej., arts. 21 de la Ley de Asociaciones de Cataluña, art. 17.1 de la Ley de Fundaciones de ámbito estatal)²⁴.

²³ Las *non profits* también deben competir, así lo deben hacer con otras del sector privado, como sucede en Estados Unidos con Universidades u hospitales o entre nosotros en el caso de entidades de crédito o de seguros, pero también deben competir entre sí por empleados, créditos, voluntarios, presencia en los medios y poder político, en definitiva, deben luchar como cualquier otra organización por su supervivencia, v., en ese sentido las observaciones BRODY, New York Law School L. R., 40 (1996), p. 466.

²⁴ Como bien se ha dicho a propósito del deber de fidelidad, robar es robar, no importa a quién. “*Stealing is stealing, whether the corporation you steal from is non profit or for profit. So why should the enforcement*

Y es que por mucho que la estructura de propiedad sea diferente, lo cierto es que el problema de neutralizar los costes de agencia se presenta de forma similar en uno y otro caso. De entrada es manifiesto y si acaso más pronunciado que en las sociedades lucrativas el problema de los *costes de agencia internos* de la organización, es decir, de control de los empleados gerentes por parte de los administradores, voluntarios bienintencionados pero poco dedicados que en muchas ocasiones son rehenes de aquellos limitándose a firmar lo que se les presenta. Pero es que, de otro lado, también existen los *costes de agencia externos*, es decir, lo propios de la relación agente-principal. En efecto, no es cierto que no existan propietarios a los que rendir cuentas: si se acaba de ver que hay agentes que por ley deben actuar con la diligencia de un representante leal por fuerza *debe* haber principales ante los que rendir cuentas de los deberes de fidelidad y cuidado. La cuestión es pues encontrar el equivalente funcional de esos socios que aportaron su capital pero que son ahora inexistentes; y lo más inmediato es reconocerlo entre los que entregan su tiempo y recursos a la organización, sea como fundadores, miembros –asociados– o como amigos, simpatizantes o voluntarios –caso, p. ej., de una fundación–. Lo que en la caso de los socios es una aportación remunerada con una cuota de propiedad de la sociedad en el caso de los benefactores o voluntarios es una aportación de dinero, tiempo y trabajo recompensada intangiblemente por la satisfacción del servicio a una buena causa: es decir, que se trata de traladar la titularidad de los *Shareholders* o socios a los sujetos que se han dado llamar *Stakeholders* o grupos de personas interesadas, grupos que, por cierto, cada vez tienen más peso en las decisiones de gestión de las puras sociedades lucrativas. Esa propiedad difusa, no obstante, no presenta perfiles nítidos y en gran parte es una tarea por hacer, como indica el que, como se verá, la legislación positiva no haya asumido ese cambio de titularidad y tenga un claro déficit a la hora de regular la legitimación activa de esos grupos y los cauces procesales para exigir esa responsabilidad, confiando aún excesivamente en la intervención de los propios órganos rectores y de los poderes públicos a ese efecto (v., p.ej., art. 17.3 de la Ley de Fundaciones)²⁵. Es decir, que si la propiedad es difusa, el control que les corresponde es por desgracia y todavía aún más difuso.

En consecuencia, estamos ante organizaciones privadas donde un grupo de personas que aportan los recursos y energías necesarios para que las mismas funcionen confían su gestión directa a otro grupo de sujetos que deben en su tarea observar los deberes propios de

methods be different for non profit corporations?”, H. HANSMANN, *Yale Law School*, October 2006 (Preliminary draft), p. 5. Por lo demás otro tanto cabe decir del deber de cuidado: HANSMANN propone el caso de un director de una casa de reposo *non profit* que propone trasladar la misma porque él, por motivos personales decide trasladarse y algunos de los familiares contestan esa decisión; pues bien, ¿por qué se debe tratar esa decisión de distinta forma a la de los administradores de una sociedad anónima deportiva que decide no instalar focos en su estadio para permitir partidos nocturnos, a pesar de lo aparentemente perjudicial que eso supone para el negocio? Sobre esto se volverá más adelante al tratar los deberes de los administradores de las no lucrativas.

²⁵ V., no obstante la propuesta de Fundación Europea (art. 4.3, 4.4 y 4.5), donde se reconoce al fundador, a los beneficiarios y a cualquier tercero afectado o interesado en la fundación el derecho a hacer una denuncia a la supervisión estatal, que según quienes sean los denunciantes deberá emitir un informe razonado al respecto en un breve plazo de sesenta días.

todo representante leal, sirviendo con diligencia y lealtad el fin perseguido. Si eso es así, y sin perjuicio hay que repetir de cambiar lo que se haya de cambiar, creemos que es posible trasladar las reglas formuladas en el área de lo lucrativo a las del área de lo altruista.

III. EL SECTOR NO LUCRATIVO RELEVANTE A EFECTOS DE LA FORMULACIÓN DE REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

El Gobierno Corporativo tal y como resulta de la vigente regulación en la materia presenta caracteres uniformes derivados de tener por objeto a sociedades anónimas de tamaño considerable sometidas a la supervisión del regulador. Por el contrario, el panorama del sector no lucrativo aunque intuitivamente parece fácilmente definible –lo que diga la legislación fiscal en materia de beneficios tributarios–, es desde un punto de vista de dogmática jurídico-privada enormemente complejo, con entidades donde no siempre es fácil determinar la presencia o no de lucro o si se quiere de intereses egoístas de sus miembros (a), con un tamaño enormemente variado (b) y con una relativamente grande variedad jurídica en cuanto a su forma de incorporación (c), lo que se remata con la ausencia de una autoridad regulatoria común a todas ellas (d). Todos estos extremos hacen que no sea tarea fácil, al menos en principio, el delimitar el ámbito subjetivo sobre el que se aplicarían un eventual juego de reglas de buen Gobierno Corporativo para las organizaciones no lucrativas.

- a) La definición más común de entidad no lucrativa es negativa, entendiendo por tal aquella que impide a la organización repartir los beneficios entre sus miembros, pero que no le impide realizarlos (*Nondistribution constraint*)²⁶. También se puede ensayar una noción positiva, basada en la persecución del interés general o público en sentido amplio, aunque resulta indudablemente más vaga²⁷. Es decir, que este sector comprendería las organizaciones que aun pudiendo tener lucro inmediato u

²⁶ Expresión formulada por H. HANSMANN en “The Role of Non Profit Enterprise”, *Yale L. Y.*, n. 89 (1980), pp. 835 y ss., p. 838, y desde entonces convertida en clásico en la materia: “*A non profit organization is in essence an organization that is barred from distributing its net earnings, if any, to individuals who exercise control over it, such as members,, officers, directors or trustees /.../ It should be noted that a non profit organization is not barred from earning a profit. /.../ It is only the distribution of the profits that is prohibited*”. El caso opuesto sería de la Agrupación de Interés Económico, que careciendo de lucro inmediato se establece en interés común, mediato y subjetivo de sus miembros, fin consorcial que determina que se diluya la tentación de incluir a la AIE dentro del tercer sector.

²⁷ V.,el art. 3.1 de la Ley 49/2002 de régimen fiscal de las entidades no lucrativas, que incluye las “*Que persigan fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, los de asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, económicas o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de fomento de la economía social, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico*”. En estados Unidos se ha hablado más sintéticamente de

objetivo, excluyan el mediato o subjetivo, destinando el mismo al servicio de un fin social más o menos definido de interés general. El caso paradigmático entre nosotros es el de las asociaciones, que carecen de lucro (art. 1.2 de la Ley Orgánica de Asociaciones –en lo sucesivo LOA–), pero que tienen la posibilidad de ejercitar una actividad económica siempre que sea accesoria y destinada a los fines asociativos (art. 13.2 LOA), el de las cooperativas sin ánimo de lucro (DA 1ª letra a) de la Ley de Cooperativas)²⁸, o el de las fundaciones, sin lucro de acuerdo con el art. 2 de su ley reguladora pero que pueden realizar actividades empresariales directa o indirectamente de acuerdo con los 24.1 de la Ley de Fundaciones y el art. 23.2 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal de 11 de noviembre de 2005²⁹. Aunque esas manifestaciones sean las más habituales, no obstante, así definido ese tercer sector sería enorme, y abarcaría desde luego asociaciones y fundaciones pero también sindicatos, partidos políticos, cajas de ahorro, colegios profesionales y cámaras oficiales, entidades religiosas, entidades deportivas no lucrativas, federaciones y ligas profesionales, etc.³⁰

Un primer filtro para cribar las entidades que se podrían sujetar a reglas de Gobierno Corporativo es el de que las mismas han de tener un carácter con carácter estrictamente *privado*, es decir, que sea independiente formal y jurídicamente de las diferentes administraciones públicas por mucho que puedan beneficiarse de ayudas públicas o ejercer poder o autoridad de ningún tipo. Eso excluye tanto que se integre en su estructura organizativa como que el poder público controle de hecho o de derecho la misma –caso paradigmático de las Cajas de ahorro aún siendo entidades de derecho privado³¹– o, por tener una función semipública de control y supervisión, caso

“*Public benefit*” por oposición a beneficios dirigidos a particulares concretos; v., FREMONT-SMITH, *Governing Nonprofit Organizations*, p. 4.

²⁸ Así V., M. PANIAGUA ZURERA, “*La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*”, en *Tratado de Derecho Mercantil*, T. XII, Vol. 1, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 93-94, donde llega incluso a señalar que la prohibición del reparto del beneficio de la actividad de la cooperativa con terceros está ya en fase de superación o al menos de graduación (v., arts. 58. 2 y 3 Lcoop, que lo permiten hasta el 50%).

²⁹ V., también el art. 3.2 de la L 49/2002, que prevé que al menos el 70% de sus rentas, incluidas las de las explotaciones económicas que desarrollen, deberá destinarse al fin perseguido y el resto a incrementar la dotación patrimonial o las reservas. Por lo demás, y en relación con las cooperativas comunes, cabe ya incluso descartar su falta de lucro. Respecto al ejercicio de la actividad mercantil por asociaciones y fundaciones, v., en general, A. ROJO, en *Curso de Derecho Mercantil I*, 2ª ed., Madrid, 2006, pp. 107 y ss. Más recientemente se puede consultar la exposición de M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*. Madrid, 2008.

³⁰ Y no en vano se habla así de una “constelación de las entidades no lucrativas” por parte de M.A. CABRA DE LUNA y R de LORENZO GARCÍA, en *El sector no lucrativo en España*, Madrid, 1993, pp. 25 y ss.

³¹ Se pueden consultar no obstante las recientes consideraciones que sobre el buen gobierno de estas entidades hace G. ESTEBAN VELASCO, “*Algunas reflexiones sobre el gobierno de las cajas de ahorro*”, RDBB, 108 (2007), pp. 37 y ss. Por lo demás, como es sabido, las cajas que recurren a los mercados organizados tienen obligación de presentación anual de informes de gobierno corporativo ante la CNMV; en efecto, La Circular 2/2005, de 21 de abril, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en desarrollo de a Orden

de los Colegios Profesionales. Eso no significa que las entidades públicas vaguen *legibus solutus*, sino que las reglas de su gestión se habrán de fijar en esencia por los mecanismos propios de ese sector del ordenamiento.

Sentado lo anterior, se podrían plantear dudas acerca de la conveniencia de incluir dentro del sector no lucrativo, al menos a los efectos de formulación y aplicación de reglas de buen gobierno, a las *organizaciones controladas por sus beneficiarios inmediatos*, es decir, a lo que con carácter muy general se puede calificar de mutuas y que entre nosotros tendría el ejemplo más claro de actuante en régimen de competencia en su sector de las Mutuas de Seguros a Prima Fija. Y ello por la sencilla razón de que en esos casos el problema principal-agente que justifica las reglas de Gobierno Corporativo se reproduce con la misma virtualidad que en una sociedad mercantil³². Eso no significa lógicamente excluir a esas entidades de aplicación de reglas propias del Gobierno Corporativo; al contrario, en su caso sería aun más sencillo desde el momento en que los miembros e interesados en esas sociedades tienen un interés directo en la correcta gestión de esas entidades y eso lógicamente se reflejan las estructuras de control de los miembros de la entidad respecto a los administradores de la misma. El tercer sector a efectos de formular reglas en materia de Gobierno Corporativo excluiría así en principio las formas de economía social como las mutualidades o las cooperativas –piénsese en el amplio sector de las cajas rurales y profesionales– y quedaría así delimitado en relación a la noción anglosajona de *Charity* que entre nosotros se podría calificar como de sector ideal o filantrópico³³.

ECO/354/2004, obliga a las Cajas de Ahorros a difundir en sus páginas web los hechos relevantes del ejercicio en curso y el último ejercicio cerrado y el Informe anual de gobierno corporativo del último ejercicio cerrado. Esos informes se pueden consultar en la webs de las cajas respectivas.

³² Y así, p.ej., las mutuas de seguros a prima fija se rigen en materia de gobierno corporativo por una versión anotada y adaptada del Código de las sociedades cotizadas: “*The Combined Code on Corporate Governance. An Annotated Version for Mutual Insurers*”, que se puede consultar en <http://www.mutualinsurers.org/documents/AMI-Combined-Code.pdf>. De hecho, en España se está trabajando precisamente en la formulación de un Código de reglas específico en este sector.

³³ V., p.ej., como entendiendo el fin de lucro la Exposición de Motivos de la Ley de Asociaciones en su punto II: “*La presente Ley Orgánica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito a las asociaciones sin fin de lucro, lo que permite dejar fuera del ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones*”. Esa es por lo demás la tendencia en Estados Unidos; allí, las “*Nonprofit Corporations*” reguladas por la “*Revised Nonprofit Corporation Act*” de 1988 pueden ser de acuerdo con sus fines “*Public benefit*”, “*Mutual benefit*” o “*Religious corporations*”, y la doctrina suele parificar a efectos de gobierno corporativo las “*Mutual benefit corporations*” con las “*Shareholder corporations*”, v., en concreto K. BOOZANG, “Does an Independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance?”, Working Paper, (July 2007), Seton Hall University School of Law, p. 34, en <http://ssrn.com/abstract=229082>. Por lo demás, y junto a esas “*Nonprofit corporations*”, el panorama legal se completa con las “*Unincorporated associations*” y los “*Charitable trusts*”, aunque como ya se ha indicado las primeras son las que atraen el mayor interés en materia regulatoria.

- b) Sentado lo anterior, un ulterior problema que se plantea es la enorme variedad que en cuanto a tamaño presenta en España ese llamado tercer sector o sector no lucrativo. En efecto, en principio predomina la pequeña organización frente a otras de implantación internacional con secciones españolas (culturales, pro derechos humanos, asistenciales, etc.), o bien macro organizaciones que gestionan patrimonios considerables como la ONCE o la Liga de Fútbol Profesional³⁴. En ese sentido, la formulación de reglas de Gobierno Corporativo en esta sede con carácter general reproducen los problemas que plantearía la aplicación de las normas pensadas para sociedades cotizadas y abiertas al mercado de control frente a las no cotizadas o a sociedades de menores dimensiones, cerradas o familiares³⁵. De eso se desprende a nuestro juicio que, a la hora de formular reglas o aplicaciones prácticas de Gobierno Corporativo para *Non profits* la organización que se ha de tener en consideración es la de medio o gran tamaño –por ingresos o implantación geográfica–, sin perjuicio de tener en cuenta y adaptar las mismas en su caso a la realidad de las pequeñas organizaciones no lucrativas³⁶. Que las reglas de Gobierno Corporativo para una organización de ámbito nacional que gestiona millones de euros no pueden ser las mismas que para una asociación local de amigos de la ópera es tan claro como que el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo pensado para sociedades anónimas cotizadas no es sin más aplicable –ni es recomendable– a una sociedad colectiva de dos socios que gestiona un bar³⁷. En ese sentido como luego se verá es especialmente clara y lógica la necesidad de plantear si deben existir estándares

³⁴ Aunque eso no es exclusivo de España, como constata en Estados Unidos SZYMANSKY, *Utah. L. Rev.*, 2003, pp. 1317 y ss., indicando la existencia desde pequeños grupos locales a algunas de las mayores organizaciones nacionales. Eso en términos de costes puede resultar excesivo, por lo que se propone que sólo se aplique a aquellas organizaciones en condiciones de soportar su coste. Así, por ejemplo, indica que los costes de auditoría de las *Forprofit corporations* han subido en un 78% después de *Sarbanes-Oxley*.

³⁵ Se puede ver en ese sentido la noticia de prensa “*Transparencia, también para empresas que no cotizan*” en el diario “5 días” de 8 de marzo de 2004, donde los partícipes en la Comisión que redactó el Código de Buen Gobierno, incluido el autor de este trabajo, se muestran partidarios de la extensión adecuada de las reglas de las cotizadas a todo tipo de sociedades; ese texto se encuentra disponible en http://www.cincodias.com/articulo/empresas/Transparencia/empresas/cotizan/cdsemp/20040308cdsdiemp_17/Tes/ en <http://209.85.129.104/search?q=cache:gyCik3IV->

³⁶ Lo cual por cierto ya sucede entre nosotros a propósito de las fundaciones, donde se ha eximido a las fundaciones de menor tamaño del cumplimiento de ciertas obligaciones exigibles a las de mayor entidad conforme al art. 25 LF. También en el derecho comparado se discrimina por razón del tamaño, y así por ejemplo, las reglas legales sobre Gobierno Corporativo para *Nonprofit Organizations* en California (*California Nonprofit Integrity Act* de 2004) sólo se aplican para entidades con ingresos brutos superiores a 2.000.000.000 de dólares, como recuerda BISHOP, “*The Deontological Significance of Nonprofit Corporate Governance Standards*”, p. 6. Por su lado, en el Reino Unido, sólo es necesario registrarse ante el regulador de *Charities* si el ingreso anual supera las 5.000 libras

³⁷ Aunque en principio y sin perjuicio de las adaptaciones correspondientes, las reglas pensadas para las empresas cotizadas no tienen por qué no se aplicables a las pequeñas y medianas sociedades lucrativas, como ya se a puntado en notas precedentes; en ese sentido, por ejemplo, se desarrollan los trabajos del Instituto de la Empresa Familiar (por cierto, una asociación) en colaboración con el IESE y la Fundación de Estudios Financieros en la elaboración de un Estudio sobre el Buen Gobierno en la Empresa Familiar en orden a la

diversos, no tanto en lo relativo a los estándares de conducta de los administradores, aunque sí en parte, como en lo relativo a la estructura y composición del órgano de administración³⁸.

- c) El tercer problema para definir un ámbito subjetivo uniforme de aplicación de estas posibles reglas es el marcado por la multiplicidad jurídica que pueden presentar estas organizaciones (art. 2 L. 49/2002)³⁹. Si bien en principio el cauce más lógico es el la asociación de interés general, parece prevalecer con creces el de las fundaciones, desde las de solidaridad o desarrollo hasta las de amigos de un determinado museo. Como prueba de esa polivalencia e intercambiabilidad se puede citar el que, por ejemplo, los amigos del Museo del Traje se agrupan en una asociación (www.amigosdelmuseodeltraje.es) mientras que los amigos del Museo del Prado se incorporan bajo una forma fundacional (www.amigosmuseodelprado.org) de la que se declaran *miembros*⁴⁰. Y eso sin contar con lo que se podría calificar de organizaciones de segundo grado, como las federaciones, confederaciones y otras agrupaciones de entidades no lucrativas (art. 2 f) L.49/2002)⁴¹, todo ello más allá de que la polivalencia funcional de los tipos capitalistas de sociedad (arts. 3 LSA y LSRL) que también ofrecen cabida, aunque no parezca *a priori* el cauce más idóneo, para este tipo de organizaciones, en concreto por su incapacidad para acceder al tratamiento fiscal de la L. 49/2002 (cfr. art. 3 de esa norma)⁴². A todo ello, en fin, habrá que sumarle las

redacción de reglas de buen gobierno para ese sector de la economía, tal y como se puede leer en la dirección de Internet de esa institución http://prensa.iefamiliar.com/view_manager.html?root=372,557

³⁸ V., apoyando esa dirección D.W. BARRETT, “Call for More lenient Director Liability Standards for Small, Charitable Nonprofit Corporations”, *71 Ind. L.J.* 967 (1996). Concluyendo en la p. 1001 que no sólo las entidades lucrativas son muy distintas de las no lucrativas, sino que dentro de estas las grandes –la *Harvard University* o la *National Geographic Society*– son muy distintas a las pequeñas. Sobre esto se volverá en su momento.

³⁹ Y así, el art. 2 de la Ley 49/2002 hace un elenco cerrado de las organizaciones no lucrativas que se pueden acoger a la misma y que vendrían a ser: a) Las fundaciones., b) Las asociaciones declaradas de utilidad pública. c) Las organizaciones no gubernamentales de desarrollo a que se refiere la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, siempre que sean asociaciones de utilidad pública o fundaciones d) Las delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones. e) Las federaciones deportivas españolas, las federaciones deportivas territoriales de ámbito autonómico integradas en aquéllas, el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español y f) Las federaciones y asociaciones de las anteriores entidades. Como es lógico, es de suponer que estas serán las figuras adoptadas a la luz de esa función directiva que todavía cumple el derecho fiscal en el ámbito de la filantropía.

⁴⁰ Por lo demás, ya hemos indicado que esa variedad de formas organizativas en el sector no lucrativo es frecuente en el sistema norteamericano que hemos tomado como referencia, aunque sea la *Nonprofit Corporation* la que acapara la atención de reguladores y doctrina.

⁴¹ Así, p.ej., ASDE, Federación de Asociaciones de Scouts de España, CARITAS, Confederación Oficial de las Entidades de Acción Caritativa y Social de la Iglesia Católica en España, CESIDA, Coordinadora Estatal de VIH-SIDA, Movimiento Scout Católico, FEAPS, Confederación Española de Organizaciones a Favor de las Personas con Discapacidad Intelectual, COCEMFE, Confederación Española de Personas con Discapacidad Física u Orgánica, que por cierto cuenta también con su propia Fundación, la Fundación COCEMFE, etc.

⁴² Ya se ha indicado el caso de la *Community Interest Company* (CIC) británica, una sociedad de capital con fines de interés público sometida a supervisión de un regulador público y que puede repartir beneficios aunque sólo en la forma señalada en la propia ley. Acaso como antes se apuntó se podría explorar un *aggiornamento*

consecuencias de nuestra estructura político-territorial, lo que supone que en materia de asociaciones y fundaciones habrá que contar con las variedades de la legislación autonómica en la materia, lo que por otro lado no ha impedido valiosísimos desarrollos en este terreno en un país como Estados Unidos que comparte esta diversidad competencial entre la Unión y los distintos estados.

Esa variedad supone un problema añadido, ya que la estructura de control de estas organizaciones es muy variada; así, en el caso de las sociedades existirán auténticos propietarios de las mismas, que se registrarán por las normas propias de cada tipo social, como p.ej., una sociedad gastronómica entendida como una sociedad civil de los arts. 1665 y ss. del Código Civil. En el caso de las asociaciones y cooperativas sin ánimo de lucro, el funcionamiento democrático de las mismas más allá del juicio que eso merezca, hará que los asociados controlen en última instancia la actuación de los órganos de gobierno de la entidad aunque sin que en puridad se puedan calificar de propietarios, caso p.ej., del Real Automóvil Club de España (RACE), inscrita en el Registro de Asociaciones. En el caso de las fundaciones, en fin, la presencia de sujetos que contribuyen, se adhieren o participan de algún modo en los fines de las mismas será perfectamente irrelevante desde el punto de vista del control de gestión, de modo que la Fundación de Amigos del Museo del Prado no tendrá entre sus miembros –titulares de un así llamado “*carnet de amigo*” – un referente de control de la gestión y por supuesto no tendrá acciones legales a su alcance para reclamar por el mal uso de su contribución.

Pues bien, frente a la posibilidad de formular estudios separados para cada una de esas formas jurídicas, no podemos dejar de recordar que en todo caso, sea asociación, fundación, sociedad o cooperativa, las clave del buen Gobierno Corporativo son comunes en todo caso, por lo que sin perjuicio de las variedades de forma en la composición, nombramiento, duración de los cargos, estructura del órgano de administración, o composición personal de la entidad, los deberes de sus administradores y su responsabilidad serán comunes, del mismo modo que las obligaciones de transparencia frente a la comunidad, lo que supone un núcleo de regulación común considerable, sin perjuicio de considerar las demás circunstancias de forma separada.

- d) En fin, nos encontramos en este terreno ante la ausencia de un regulador público como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que pueda formular esas reglas

de las formas jurídicas de las entidades no lucrativas a través de adaptaciones legales de moldes capitalistas, con, por ejemplo, una “Ley de Sociedades no Lucrativas” que permitiese como en el caso de las sociedades laborales adoptar formas de anónimas o limitadas para la gestión de actividades del tercer sector –lo que por lo demás ya es posible hoy en día (cfr. arts. 3 LSA Y LSRL)– gozando de los correspondientes beneficios fiscales –lo que hoy en día no es posible (cfr. art. 3 L. 49/2002).

o encargar su formulación y, en su caso, controlar o velar por su cumplimiento⁴³. A falta de una iniciativa pública en ese sentido, que parece muy limitada al ámbito de las organizaciones no gubernamentales para el desarrollo⁴⁴, resulta que el camino a seguir debería ser el abierto por la iniciativa privada –lucrativa o no–, en el sentido de dejar esa tarea en manos de entidades gestoras de las reglas o códigos de autorregulación⁴⁵. No obstante, a nuestro juicio es valioso el ejemplo que marcan los Códigos de Buen Gobierno, en el sentido de que el poder público podría tomar la iniciativa de designar un grupo de expertos que, como en el caso de las sociedades cotizadas, y previo un análisis de campo de la realidad social y económica del sector en España, se encargase de formular una serie de reglas o principios para este sector a la luz de la experiencia nacional y comparada. Otra cosa sería la designación o creación de una entidad que se encargase de tutelar y aplicar el mencionado Código⁴⁷.

⁴³ V., la *Charity Commission* para Inglaterra y Gales en <http://www.charity-commission.gov.uk/>, y *The Code of Governance for the Voluntary and Community Sector* publicada por el *National Governance Hub* ente ya desaparecido, pero cuya documentación está todavía disponible en su página de Internet http://www.governancehub.org.uk/code_of_governance.html#goodgov.

⁴⁴ Ya se ha señalado en ese sentido a la Agencia Española de Cooperación Internacional y Desarrollo (AECID), dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, que edita un listado de ONGs calificadas, con un “*Manual de Procedimiento de Calificación*”, cuya superación permite recibir esa calificación y permite establecer convenios con esa entidad pública (ORDEN AEC/1303/2005, de 27 de abril y en http://www.aecid.es/07subv/02sub_ONGD/7.2.4.1.htm).

⁴⁵ Así, por ejemplo, la “*Fundación Lealtad*”, creada en 2001, edita una “*Guía de Transparencia*”, sobre cuya base que realiza auditorías a las que las organizaciones no gubernamentales se pueden someter de manera voluntaria, (<http://www.fundacionlealtad.org/web/docs/guia2006.pdf>). Esta Fundación, elabora a partir de la información facilitada por cada ONG un análisis basado en nueve “*Principios de Transparencia y Buenas Prácticas*” que queda reflejado en un informe sobre el cumplimiento, por parte de la organización, de cada uno de esos principios, así como una visión general de la entidad y otros datos de interés. Esta entidad ha lanzado recientemente el logotipo de “*ONG analizada*”, que podrán usar las entidades que se hayan sometido a su escrutinio. Igualmente la “*Coordinadora de ONG de desarrollo de España*” (CONGDE), dispone de un “*Código de Conducta de las ONG de desarrollo de la coordinadora de ONGD-España*”; en http://www.congde.org/uploads/descargas/Codigo_de_conducta_2008.pdf. También en el ámbito autonómico existen iniciativas de este tipo, como el “*Observatorio del Tercer Sector*” en Cataluña, entidad privada y no lucrativa dedicada al conocimiento sobre la realidad del tercer sector y sus organizaciones, con publicaciones como “El estado de la calidad de las ONG sociales” (en http://www.tercersector.net/pdf/publicacions/Estat_qualitat_ONG_socials.pdf), donde se hacen referencia a diferentes normas y criterios de valoración de la calidad de las organizaciones, como las normas ISO 9000 y 14001, el “Modelo EFQM” o la norma “ONGambQualitat”. En el ámbito europeo como ejemplo de proposición autoregulatoria se pueden citar los “*European Foundation Centre Principles of good practice*”, que se pueden encontrar en la dirección de Internet <http://www.efc.be/ftp/public/EFCpublications/EFCPrinciplesGoodPractice.pdf>, así como la actividad de la citada ZEW-Stiftung suiza.

⁴⁶ Quizá el mejor ejemplo de una autoregulación eficaz sea el que ofrece el campo de la publicidad, donde frente a los lentos procedimientos de reclamación que prevé la Ley General de Publicidad, la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP) (<http://www.aap.es>) ofrece un cauce barato, sencillo y enormemente expeditivo de resolver quejas y consultas en cuanto a la conformidad de los mensajes publicitarios con los códigos deontológicos formulados por esa misma entidad. Y ello sobre la base de la adhesión y baja voluntarias y de la sanción reputacional, como no podría ser de otra forma.

⁴⁷ Precisamente en Estados Unidos se ha propuesto como solución la creación de “*Private, for profit monitoring companies*”, que realicen la labor de monitorizar en virtud de contratos con las no lucrativas su

IV. LÍNEAS POSIBLES PARA LA FORMULACIÓN DE UN CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS Y GOBIERNO CORPORATIVO DE ENTIDADES NO LUCRATIVAS

En las páginas sucesivas, a la luz de las propuestas y experiencias comparadas, se intentarán formular algunas líneas muy gruesas de desarrollo de un posible marco regulador de la gestión de estas entidades. Eso supone no sólo el esfuerzo de intentar trasladar los logros del Gobierno Corporativo del sector privado al ámbito de lo no lucrativo, sino también adaptar a nuestra realidad las aportaciones que se nos ofrecen desde el derecho comparado. De ahí que las siguientes consideraciones se deban tomar *cum grano salis* y más como materiales para una discusión que como expresión de una convicción formada.

También este intento pondrá de manifiesto las dificultades antes apuntadas y derivadas de la heterogeneidad del espectro de entidades, sin que ninguna de ellas sea predominante y con regulaciones en ocasiones muy dispares. Así, por ejemplo, algunas prohíben toda remuneración a los administradores, como las fundaciones o las cooperativas sin lucro, mientras que por el contrario otras las admiten si así se prevé, como las asociaciones. O por otro lado, el hecho de que todos los administradores de las asociaciones necesariamente deban ser asociados o que en las cooperativas sin lucro los no socios no puedan en ningún caso superar la tercera parte de los miembros del órgano rector, lo que lógicamente será una cortapisa a la posibilidad de administradores independientes en el sentido de los Códigos de Buen Gobierno. Y *last but not least* se plantea el eterno problema de la omnipresencia sobre todo lo anterior de la legislación fiscal, que con sus requisitos para que las entidades sin lucro puedan acogerse a sus beneficios tributarios, inciden directamente en temas propios de Gobierno Corporativo, predeterminando su orientación tal vez sin el detenimiento que la materia merece; por ejemplo, al establecer el carácter no remunerado de los administradores como presupuesto para acogerse a esas exenciones (art. 3.5 L. 49/2002). En cualquier caso, y sin perjuicio de intentar poner de manifiesto en cada supuesto las peculiaridades de regulación, se intentarán fijar unas reglas comunes y objetivas en la medida de lo posible.

Finalmente, recordar que de acuerdo con las reglas de *Soft law* propias de estas recomendaciones, las mismas son sólo una guía que puede ser disponible ante la presencia de razones que justifiquen su no seguimiento. Estas excepciones podrán ser especialmente numerosas en el sector de lo no lucrativo ante la multiplicidad de circunstancias derivadas no sólo de la forma jurídica y del tamaño de la entidad, sino de otras variables como el

actividad y con capacidad para demandarlas en virtud de ese acuerdo como “*Contract plaintiffs*”; v., G.A MANNE, “Agency Cost and the Oversight of Charitable Organizations”, *Wis. L.R.*, 1999, pp. 227 y ss., p. 229 y 254. Otros autores proponen que sea *el Internal Revenue Service* —es decir, el fisco— quien directamente se haga cargo de esa función de tercero encargado de la supervisión, en ausencia de un equivalente perfecto de la SEC; así, v., SZYMANSKY, *Utah L. Rev.*, 2003, p. 1321. En general, por un sistema de “*self regulation*”, v., GOLDSCHMIDT, *J. Corp. L.*, n. 23 (1997-1998), p. 650.

carácter familiar, confesional o de tendencia ideológica de la agrupación o la dotación a la misma de intereses empresariales.

Los aspectos en lo que se va a incidir, necesariamente incompletos en una primera aproximación, son fundamentalmente los relativos a la administración, en concreto en cuanto a la estructura y composición del órgano de administración (1), los deberes de los administradores (2) la rendición de cuentas y la exigencia de responsabilidad a los mismos (3) y, finalmente las exigencias de transparencia que permitan el control social del cumplimiento de todo lo anterior (4).

1. Estructura y composición del órgano de administración

Antes de entrar a valorar cuestiones clásicas del gobierno corporativo, es preciso apuntar como cuestión preliminar la de la propia educación y conciencia de los administradores en su función de gestores eficientes y responsables, ya que la percepción social de esa función no es del todo precisa. En ese sentido se ha podido decir atinadamente que:

“las personas que trabajan en este sector están más preocupadas por los servicios que prestan que por la gestión de sus organizaciones, no tienen una idea clara de los beneficios que pueden obtener de sistemas de control de gestión y no disponen de personal cualificado que los implemente”⁴⁸.

Y así, se constata que muchos administradores han asumido ese cargo sin verdadera conciencia de lo que hacen, por amistad con otros miembros o por solidaridad con la causa, apreciando más la recolecta de fondos que la gestión, de modo que en no pocas ocasiones la organización ha sido gobernada de hecho por sus empleados, sin especial legitimación o cualificación y que han tenido manga ancha para actuar: eso, como autorizadamente se ha podido decir, no puede seguir así⁴⁹. A continuación se tratarán algunos de los aspectos clásicos del Gobierno Corporativo que podrían adaptarse a las organizaciones no lucrativas; a saber, la composición del órgano de administración (i), las clases de administradores, prestando atención a la figura de los independientes (ii), el tema de la remuneración de los administradores, por mucho que la legislación fiscal como se viene diciendo parece haber resuelto este tema en la práctica (iii), Reglas de nombramiento y duración del cargo (iv) y finalmente el funcionamiento del órgano de administración (v).

⁴⁸ V., CORDOBÉS, RIPOLL y SOLDEVILLA, “Control de gestión en organizaciones no lucrativas: el caso de los colegios de economistas de España”, *Working Paper*, p. 3.

⁴⁹ Así se manifiestan expresamente los *ALI Principles*, p. 2.

A. *Composición del órgano de administración*

Legalmente no se encuentran constricciones o límites a la composición del órgano de administración de las entidades no lucrativas. De entrada parece derechamente recomendable la composición pluripersonal de funcionamiento conjunto y mayoritario, al estilo del Consejo de Administración de las sociedades de capital, como mejor forma de componer una voluntad de la entidad contrastada e informada que huya del liderazgo uno de los patriarcados. Más allá de ello queda el asunto de su composición numérica. Así, mientras las asociaciones pueden libremente determinar el número y forma de actuación de su órgano de administración, las fundaciones prevén en su art. 15 LF un patronato con un mínimo de tres miembros, sean personas físicas o jurídicas y un secretario que podrá ser externo, con voz en todo caso en el seno del mismo⁵⁰. No obstante, en general se suelen criticar por ineficaces los órganos de administración colegiados de grandes dimensiones, y así el Código de Buen Gobierno Corporativo recomienda que no sea inferior a cinco ni superior a quince miembros⁵¹. Sea como fuere, esta es una cuestión muy discutible en el sector no lucrativo, desde el momento en que los estudios empíricos de muestran que los grandes consejos no son necesariamente ineficaces; es más, parece que los grandes órganos favorecen incluso las labores de búsqueda de fondos, influencia en el sector público e información y transmisión del mensaje sobre la labor realizada de cara a la sociedad⁵². En ese sentido parece asumible la exigencia de un número mínimo de miembros, aconsejando evitar la unipersonalidad aunque pudiendo explicar la misma según los casos, como por ejemplo fundaciones memoriales donde el fundador ha instituido un reducido patronato de familiares para la gestión de un patrimonio fundacional consistente en la empresa familiar.

B. *Clases de administradores*

Como es sabido, las reglas de Buen Gobierno Corporativo distinguen en el seno del órgano de dirección de la entidad varias clases de administradores de acuerdo con criterios

⁵⁰ Por su lado, los Principios de Transparencia y buenas prácticas de la “Fundación Lealtad” prevén que el órgano de gobierno de las ONGs estará constituido por un mínimo de 5 miembros (principio 1 A), acaso influido en ese umbral mínimo por el CUBGC.

⁵¹ V., MATEU DE ROS, *Código Unificado*, pp. 198-199.

⁵² Señala esa tendencia a grandes consejos BARRET, *Ind. L.J.*, n 71 (1995-1996), pp. 967 y ss., p. 970, si bien F. OSTROWER, “Nonprofit Governance in the United States. Findings on Performance and Accountability from the First National Representative Study”, 2007, *Working Paper* en red del *Center on Nonprofits and Philanthropy*, p. 17, enfatiza como las organizaciones no lucrativas utilizan los consejos de administración numerosos como herramienta para la recaudación de fondos, indicándose que la limitación a 15 de los consejeros, como se ha propuesto, les sería difícil de cumplir. En el mismo sentido de no prejuzgar la eficiencia de grandes consejos en las no lucrativas BOOZANG, “Does an Independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance?”, pp. 6 y ss.

de efectiva dedicación a la gestión (ejecutivos o internos) o de actividad de supervisión o control (externos), distinguiendo entre estos últimos a los representantes de accionistas mayoritarios (dominicales) y a los que estando desvinculados de toda relación con la sociedad asumen la tarea de representar el interés del *free float* de la sociedad (independientes)⁵³.

A nuestro juicio, mientras la división entre consejeros ejecutivos y supervisores resulta acertada y perfectamente trasladable en su justificación a la gestión de entidades no lucrativas, la presencia de consejeros independientes merece ser considerada de forma más detenida, aunque en países como Estados Unidos su presencia se está promocionando decididamente, incluso llegando al extremo de patrocinarse en ocasiones consejos formados exclusivamente por esta clase de administradores. En efecto, de un lado se debe plantear qué se debe entender por administrador independiente en una entidad que por definición no tiene dueños y por tanto tampoco consejeros dominicales en sentido propio; en esa dirección la definición de independencia debe ser más laxa que en el ámbito del *profit*, y así se podría usar la de “*toda persona libre de cualquier relación con la organización o su gestión que impida o pueda impedir la capacidad del administrador para hacer juicios independientes*”⁵⁴. Eso supondría, por ejemplo, la imposibilidad de que en una asociación existiese esa figura, ya que en la misma se excluye el organicismo de terceros. Por otro lado, los Administradores independientes se alaban por generar un superior control de la gestión, reducir la tendencia a los cambios de liderazgo y alinear más eficientemente el comportamiento del consejo con el interés de los socios⁵⁵. No obstante, y más allá de la evidencia empírica que permanece inconclusiva y que parece apuntar a que los mismos no son tan eficaces como podría parecer⁵⁶, lo claro es que puede resultar contraintuitivo, ya que eso supondría elegir a miembros poco comprometidos con la función o la causa que inspira la organización, y que podrían no entender las motivaciones de los administradores internos⁵⁷. Eso sirve especialmente con los donantes, cuya presencia en el consejo es lógica y donde un número excesivo de independientes resultaría chocante⁵⁸. En ese sentido,

⁵³ V., en general MATEU DE ROS, *Código Unificado*, pp. 199 y ss.

⁵⁴ Es la definición del comité de finanzas del senado americano recogida por BOOZANG, “Does an independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance”, p. 26.

⁵⁵ “*An independent director is one who actually takes the monitoring task for the benefit of the shareholders and/or other constituencies seriously*”, cita de D.C. LANGEVOORT, “The human Nature of Corporate Boards: Laws, Norms, and the Unintended Consequences of Independence and Accountability”, *Georg. L.J.*, n. 89 (2002), pp. 797 y ss., p. 801.

⁵⁶ V., R. ROMANO, “The Sarbanes Oxley and the Making of Quack Corporate Governance”, *Yale L.J.*, n. 114 (2005), pp. 1521 y ss., p. 1533, en concreto en referencia a los comités de auditoría con mayoría de independientes, donde constata la falta de evidencia de su mejor rendimiento.

⁵⁷ V., BOOZANG, “Does an Independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance?”, p. 20.

⁵⁸ Así, el ABA Coordinating Committee on Nonprofit Governance, en su “Guide to Nonprofit Corporate Governance in the Wake of Sarbanes-Oxley (ABA section of business law, 2005)” indica expresivamente: “*Certain aspects of the independent director principle may not make organizational sense for some kinds of nonprofit organizations. . . . For instance, should a private foundation that receives all of its money from the largesse of a single family be required to have a majority of persons on the foundation board who are not part of such family? Should a start-up arts or community organization, founded and funded by a group*

se podría pensar en invertir el ratio de presencia de estos independientes en relación a las entidades lucrativas, de modo que una minoría de independientes pudiese aportar un punto de vista crítico en los debates del consejo pero no pudiese paralizar las iniciativas de los *insiders* comprometidos y convencidos con la causa, caso por ejemplo de las cooperativas sin ánimo de lucro donde puede haber hasta una tercera parte de no asociados⁵⁹. Acaso tan sólo en el supuesto de comités esencialmente técnicos como el de auditoría la presencia de una mayoría de personas desvinculadas de la causa social pudiese aportar un elemento de objetividad y sano control.

C. Remuneración de administradores

Frente al dramatismo que rodea la regulación de la remuneración de los administradores en las reglas de buenas prácticas del sector lucrativo (Recomendaciones 31 a 45 del CUBG), es tradicional considerar que los administradores de organizaciones no lucrativas no deben tener remuneración o cuando menos, limitarse a indemnizar los gastos derivados de la actividad⁶⁰. En esa dirección, es fácil considerar que se trata de voluntarios que bien por motivos puramente altruistas como la devoción a la causa, la continuación de la labor de su antecedente fundador, o bien por, por motivos de prestigio social o presencia en los medios de comunicación deciden prestar sus servicios de modo desinteresado⁶¹. Resulta así paradigmática la recepción de esa intuición por el propio legislador, al prever en la Disposición adicional Primera, letra c) en relación a las Cooperativas sin ánimo de lucro *“El carácter gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de las compensaciones económicas procedentes por los gastos en los que puedan incurrir los*

of close friends or neighbors, immediately expand its board to admit persons who are strangers to them and their organization's goals? In such cases, the best interests of the organization and its fundamental mission may lie in not having a majority of "independent" directors”.

⁵⁹ V., art. 34.2 Lcoop “2. Los Estatutos podrán admitir el nombramiento como consejeros de personas cualificadas y expertas que no ostenten la condición de socios, en número que no exceda de un tercio del total, y que en ningún caso podrán ser nombrados Presidente ni Vicepresidente. Salvo en tal supuesto y el previsto en el artículo anterior, tan sólo podrán ser elegidos como consejeros quienes ostenten la condición de socios de la cooperativa”.

⁶⁰ Aunque en otros casos, igual que en las lucrativas, han sido precisamente los excesivos salarios de estos administradores la causa de notables escándalos, caso del Presidente del Consejo de la Bolsa de Nueva York (NYSE), que dejó su cargo en 2003 tras haber recibido más de 150 millones de dólares como remuneración o los de la Universidad de Medicina y Odontología de Nueva Jersey (UMDNJ); v. los datos en K.M. BOOZANG, “Does an independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance?”, pp. 6 y ss. No obstante, ese mismo autor señala que no más del 10% de las no lucrativas ofrece remuneración, p. 24.

⁶¹ Sea como fuere, el riesgo en estas entidades no será tanto el propio de la fijación de salarios desproporcionados, opacos y abusivos como el uso de los bienes de la entidad en su propio beneficio, en una suerte de remuneración en especie encubierta que cambie el salario en metálico por viajes en aviones privados o por lujosos coches de empresa; esto, como es sabido es el ámbito propio de los deberes de los administradores que luego se tratarán.

consejeros en el desempeño de sus funciones”⁶². En ese mismo sentido el art. 15.4 de la Ley de Fundaciones excluyen expresamente la remuneración del administrador, salvo por otros servicios distintos de esa función, así como la legislación autonómica, salvo la Ley vasca de fundaciones (art. 18 de la ley de 12/1994, de 17 de junio, que permite al fundador prever el carácter remunerado del cargo)⁶³. En esa dirección apuntan también las propuestas de la autorregulación⁶⁴ y se viene en fin a imponer por el legislador tributario si la entidad no lucrativa pretende acogerse a los beneficios fiscales previstos en la L. 49/2002⁶⁵. A nuestro juicio esa puede ser una buena regla general, desde el momento en que no parece que la existencia de remuneración sea relevante a la hora de una mayor implicación en la organización, en la supervisión de su marcha o en el control de sus empleados; es más, ese hecho parece que puede resultar contraproducente en la recogida de fondos, relaciones con la comunidad y comunicación y educación con el público sobre la organización y su misión. Por otro lado, tal vez de forma contraintuitiva, la existencia de remuneración tampoco parece asociarse a la atracción o fichaje de administradores de experiencia o calidad⁶⁶, ya que normalmente se trata de voluntarios que tienen otro empleo de jornada completa, paradigmáticamente en órganos de administración de entidades privadas⁶⁷.

No obstante lo anterior, en el caso de administradores ejecutivos, la posibilidad de una remuneración, siempre que sea admisible de acuerdo con el tipo legal, no parece descartable. Y como es lógico, habrá que cuidar que los administradores de estas entidades no busquen lo que se les niega por un lado disfrutándolo en especie por otro; es decir, a través de la

⁶² Que son como es sabido “*las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social*”. Por su lado, el art. 11.5 de la Ley de Asociaciones lo permite, aunque como se ve, de forma no natural “*En el caso de que los miembros de los órganos de representación puedan recibir retribuciones en función del cargo, deberán constar en los Estatutos y en las cuentas anuales aprobadas en asamblea*.” En estados Unidos, el estudio empírico de OSTROWER, “*Nonprofit Governance in the United States*”, p. 11 revela que sólo el 2% de esas entidades reconocía remuneraciones a sus administradores, siendo mayores las proporciones en las grandes entidades y en particular en las sanitarias.

⁶³ V., art. 15.4. de la Ley de Fundaciones de ámbito estatal: “*Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado*”.

⁶⁴ En concreto, el principio 1 d) de la Guía de la “Fundación lealtad”, que indica que “*Sólo un número limitado de miembros del órgano de gobierno podrá recibir remuneración de cualquier tipo. Siempre según la ley vigente y nunca en un porcentaje superior al 40% (¿?)*”.

⁶⁵ V., también el art. 3.5 de la Ley 49/2002 de régimen fiscal de las entidades no lucrativas, que prevé como requisito para su aplicación “*Que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione*” –excluyendo, eso sí y sin especial justificación a las federaciones deportivas y otras entidades similares del art. 2 e) de esa norma

⁶⁶ V., OSTROWER, «*Nonprofit Governance in the United States*», p. 11

⁶⁷ Desde el 31% en las pequeñas hasta el 80% en las grandes, como indica BOOZANG, “*Does an Independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance?*”, p. 25.

adquisición de lujosos vehículos para la organización adscritos a su uso, viajes en avión privado, etc. Este es pues un tema que a nuestro juicio merece una mayor reflexión de la que le ha dedicado el legislador.

D. Nomenclatura, duración del cargo y carrera profesional

Lo anteriormente planteado conlleva otra característica típica de estos administradores; a saber, la ausencia de una carrera a lo largo de la cual vayan alimentando y generando un capital humano que deban cuidar y conservar⁶⁸. En efecto, se trata por lo general en estos casos de voluntarios que dedican como es lógico a la fundación o asociación menos tiempo y dedicación que a las otras actividades de las que depende su sustento y su carrera. Aunque como se puede comprobar mediante una búsqueda en Internet proliferen Masters y cursos en gestión de asociaciones sin ánimo de lucro u ONGs, ese es un mercado poco –o nada– atractivo desde el punto de vista profesional, aunque lógicamente, queda la motivación altruista así como los beneficios potenciales derivados del prestigio o reputación social que lleva consigo ese cargo⁶⁹. Si bien eso puede parecer negativo para la propia entidad, ya que los mejores gestores lógicamente optarán por una carrera en el ámbito del sector lucrativo, no lo es tanto si se considera que de esta forma podrán las no lucrativas aprovecharse gratis de la experiencia de esos gestores, aunque sea de forma menos intensa y compartida con el sector lucrativo. Eso sí, el peligro que siempre ofrecerá este tipo de reclutamiento es que la implicación de los administradores, incluso de los que quepa calificar como ejecutivos, sea superficial y delegue de hecho en los empleados de la entidad, limitándose a dar el visto bueno a sus iniciativas. Sobre este riesgo de falta de dedicación se volverá a propósito del análisis de los deberes de los administradores, en concreto del de cuidado o diligencia.

A ello se suman otros caracteres propios de los administradores de estas entidades, como el hecho de su escasa rotación con largos periodos de permanencia en el cargo, lo cual si bien en principio no es negativo, ya que da estabilidad y apariencia de seriedad a la entidad, puede ser fuente de perpetuación de malas prácticas o de consolidación de rutinas que no son deseables. Desde luego somos conscientes de que hay organizaciones especialmente blindadas frente a los cambios subjetivos en su administración, caso de las fundaciones donde la figura del Patrono vitalicio no es extraña como trasunto del propio fundador y cuya remoción es especialmente complicada. No obstante, en los demás casos, no deja de ser deseable una cierta movilidad en ese órgano o cuando menos, como en las

⁶⁸ No obstante, BRODY, *New York Law School L. R.*, n. 40 (1996), p. 488 indica cómo cada vez más, al menos en los Estados Unidos, existía un mercado para este tipo de administradores, con las pequeñas organizaciones no lucrativas, sirviendo como “granjas” para criar a los administradores que luego dirigirán las grandes.

⁶⁹ V., MANNE, *Wis. L.R.*, 1999, pp. 234-235.

sociedades de capital, una decisión expresa en el sentido de renovación en el mismo, fijando estatutariamente donde sea posible un plazo máximo sujeto a ese nuevo *placet*⁷⁰.

Por lo que respecta a la pluralidad de género, la experiencia estadounidense demuestra que la presencia de mujeres baja enormemente a medida que aumenta la dimensión de la organización⁷¹. Acaso eso no sea sino un efecto reflejo del sector lucrativo ya que si, como se ha dicho, es frecuente que la labor de administrador sea un accesorio de la de una lucrativa, la composición de este sector afectará necesariamente a la del primero.

E. Funcionamiento del órgano colegiado

En este punto las recomendaciones del CUBG, de la 16 a la 26, parecen especialmente asumibles por parte de las entidades no lucrativas con independencia de su forma jurídica. En ese sentido son perfectamente predicables de las entidades no lucrativas la figura de un Presidente y un secretario –que ya se prevé en las cooperativas–, la necesidad de que las reuniones del órgano colegiado tengan la frecuencia precisa para el desempeño eficaz de sus funciones⁷², así como las recomendaciones relativas a la información a los consejeros, cuya obligación de recabarla no es sino corolario de su deber de diligencia. Por lo demás, no debe haber inconveniente en que en las entidades de mayores dimensiones el funcionamiento del órgano de administración se pueda articular a través de comisiones, posibilidad reconocida expresamente en la ley de fundaciones (art. 16.2 LF) y admitida en la doctrina en las asociaciones⁷³. En ese sentido, la existencia de una comisión de relaciones con la sociedad y con los medios, de una comisión de recogida de fondos o de una comisión de verificación del cumplimiento del fin fundacional o asociativo son ejemplos evidentes.

⁷⁰ Así, el Principio 1 e) de la Guía de la “Fundación Lealtad” propone que “*Los miembros del órgano de administración se renovarán con cierta regularidad dentro de un plazo definido*”. Como se puede ver, esto es más un *desideratum* que una recomendación concreta precisamente en atención a las peculiaridades de estas entidades.

⁷¹ V., OSTROWER, “Nonprofit Governance in the United States”, que indica en p. 19 que casi todos los consejos de no lucrativas incluye mujeres –un 94%–, si bien, como se apunta en el texto, su porcentaje de participación en inversamente proporcional a la dimensión de la organización: el porcentaje de mujeres es del 50% en entidades con *expenses* por debajo de 100.000 dólares y baja al 29% en las más grades, con más de 40.000.000 de dólares de gasto, destacando además que las organizaciones culturales son las más representadas frente a las sanitarias, que son las más infrarrepresentadas.

⁷² El Principio 1 B y C de la Guía de la “Fundación Lealtad” establece en ese sentido que “*El órgano de gobierno se reunirá al menos 2 veces al año con la asistencia de la mayoría de sus miembros. Todos los miembros del órgano de gobierno asistirán, al menos, a una reunión al año*”.

⁷³ En contra, no obstante, v., la STSJ de Andalucía de 18 de abril de 2002 (2003/239) por entender que el funcionamiento a través de comisiones en el sendo de una asociación iba en contra del funcionamiento democrático de la institución (¿?).

2. Los deberes de los administradores

Como es sabido, y merced a una distinción consolidada en la doctrina norteamericana, se suele distinguir para los administradores entre deberes de diligencia o cuidado (cfr. art. 127 y 127 bis LSA) y deberes de fidelidad (cfr. arts. 127 ter y ss. LSA)⁷⁴. Algunos autores suman a los anteriores el deber de obediencia, que en la caso de las entidades no lucrativas se proyectaría sobre la finalidad no lucrativa en cuestión; no obstante, creemos que, aunque expresivo, no es necesario distinguirlo dogmáticamente respecto del general deber de diligencia o cuidado tal y como se formula de forma general⁷⁵.

Este punto resulta a nuestro juicio perfectamente trasladable del ámbito de las organizaciones lucrativas a las no lucrativas; de un lado, el cuidado y la diligencia en ganar dinero prestando un servicio hospitalario o educativo no tienen por qué ser distintas que en el caso de prestar ese servicio sin ánimo de obtener un beneficio: la sustitución de la maximización del beneficio del accionista por el deber de obediencia a la misión de la organización no lucrativa no debe cambiar el estándar de diligencia en esa misión ni la lógica regla de discrecionalidad técnica no revisable en las decisiones de negocio (*Business Judgment Rule*)⁷⁶. De otro lado, es igualmente reprochable robar a una entidad lucrativa que a una que no lo es, de modo que a efectos del deber de fidelidad es perfectamente irrelevante que se gestione una u otra –aunque tal vez para algunos sea más reprochable moralmente robar a quien no pretende ganar dinero–. Y es que no sólo las estructuras de los órganos de gobierno de sociedades y asociaciones, incluso en el caso de las fundaciones, viene a reflejar el su contraparte lucrativo, sino que los deberes de lealtad y cuidado se reproducen en los mismos términos que las lucrativas⁷⁷. No obstante, se harán a continuación unas breves consideraciones adaptativas a propósito de estos deberes

A. Deber de cuidado o diligencia

Las entidades que no persiguen la obtención de un beneficio partible entre sus socios pueden presentar algunas peculiaridades, en concreto en cuanto al deber de cuidado o

⁷⁴ V., en general C. PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, 2007., y especialmente en “El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas”, pp. 154 y ss. Aunque no lo formula expresamente, parece desprenderse igualmente esa división del estudio de SANTOS MORÓN, *La Responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos*, pp. 310y ss.

⁷⁵ Algunos autores suman a los anteriores el deber de obediencia o “*Duty of Obedience*”, como D.L. KURTZ, “Board Liability Guide for Nonprofit Directors”, New York, 1988, p. 21, y en extenso en pp. 84 y ss., si bien otros como H.J. GOLDSCHMIDT, *J. Corp. L.*, n. 23 (1997-1998), p. 641 consideran que ese tercer deber no aporta nada a los ya clásicos de cuidado y lealtad. En ese mismo sentido, v., p. 35 de los *ALI principles, draft 2007*.

⁷⁶ V., MULLIGAN, *Mich. L.R.*, n. 105 (2007), p. 1984.

⁷⁷ V., MULLIGAN, *Mich. L.R.*, n. 105 (2007), p. 1984.

diligencia, que deben ser tenidas en cuenta en tanto que típicas o endémicas de este tipo de entidades⁷⁸.

- i) La primera, que se apuntaba ya antes, es la falta de conciencia de los administradores de que realmente están asumiendo una verdadera función gestora. En muchos casos los miembros del órgano directivo creen que cumplen sólo con recaudar fondos, o aportar su imagen pública a la causa, abundando así los llamados “*Window Dressing Directors*” o “*Trophy Names*”, es decir, administradores que sólo lo son de nombre y se limitan a aportar al Consejo el relumbrón de su nombre, su cargo o su título nobiliario⁷⁹. La consecuencia inmediata de lo anterior es no sólo la lógica despreocupación del día a día de la entidad sino una desmedida y en ocasiones irreflexiva confianza en las capacidades y bondades de los empleados profesionales de la entidad, no siendo raro que los administradores de grandes consejos confíen en gran medida en su personal para tomar decisiones, limitándose en ocasiones a rubricar las propuestas de aquellos y convirtiéndose a pesar de la responsabilidad que asumen en rehenes de los mismos, siendo más “*Worker Cooperatives*” que dirigentes⁸⁰. En ese sentido, la presencia de comisiones ejecutivas o consejeros delegados parece evidente, al menos en las organizaciones de mayores dimensiones.
- ii) La segunda peculiaridad es que la tentación de caer en una falta de cuidado o diligencia es mucho mayor en estas entidades que en las lucrativas. En efecto, no habiendo un referente objetivo como el beneficio es mucho más difícil medir si la gestión del administrador ha sido o no negligente, lo que genera evidentes problemas en evaluar la consecución de los objetivos. Es más, aunque los resultados sean pobres de forma objetiva, siempre será posible alguna explicación justificatoria. Así, un hospital con un déficit endémico puede indicar una mala gestión y pagos excesivos a los *insiders* o, por el contrario, indicar un elevado índice de caridad consistente y acorde con las finalidades del mismo⁸¹.
- iii) A ello se suma, en fin, otra consideración evidente, como es la ausencia de incentivos claros para la eficiencia de los administradores. Y no ya por el hecho de no tener remuneración o carrera, sino porque incluso para los convencidos, no hay incentivos en eliminar costes innecesarios. En efecto, desde el momento que no hay un beneficio que refleje las decisiones positivas de los administradores en encontrar la forma menos costosa de producir un bien u ofrecer un servicio, los administradores

⁷⁸ V., por cierto, los principios número 6 y 7 de los “*Principios de Transparencia y Buenas Prácticas*” de la “*Fundación Lealtad*”, relativos respectivamente a la necesidad de pluralidad en la financiación y al control en la utilización de fondos, dos de los puntos clave precisamente a propósito de la prudente gestión de este tipo de entidades.

⁷⁹ V., GOLDSCHMIDT, *J. Corp. L.*, n. 23 (1997-1998), pp. 621 y ss., p. 633, y SZYMANSKY, *Utah L. Rev.*, 2003, p. 1324.

⁸⁰ V., MULLIGAN, *Mich. L.R.*, n. 105 (2007), p. 1987

⁸¹ V., BOOZANG, “Does an Independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance?”, pp. 18-19.

de una entidad no lucrativa no tienen ese incentivo en eliminar costes innecesarios⁸². Ciertamente el despilfarro o el mayor coste de determinados servicios supondrá detraerlos del fin asociativo o fundacional, pero una vez más, el medir si ese gasto era necesario o no permanecerá como una decisión de difícil contraste.

Lógicamente todo lo anterior no es de aplicación si la entidad sí obtiene un beneficio derivado del ejercicio de una actividad económica, por mucho que luego rija para el mismo el “*Non distribution Constraint*”. En esos casos, cuando la fuente de financiación de la entidad es fundamental o básicamente el resultado de mercado, las posibilidades apuntadas de una gestión propicia a la falta de cuidado descienden exponencialmente. Otra cosa será si luego hay una eficaz aplicación de esos resultados al fin de interés público a que responde la organización, punto en el cual la dificultad de comprobar el adecuado cumplimiento es ya más complejo.

B. Deber de lealtad

Como se ha indicado, las reglas en relación al deber de lealtad –oportunidades de negocio y autocontratación– han de ser igual de estrictas sino más que en las sociedades de capital, y en ese sentido se mueve nuestra práctica. Así, el art. 28 de la Ley de Fundaciones prevé bajo el rótulo “*autocontratación*” que “*Los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos*”⁸³.

Y decimos que han de ser más estrictas en la medida que el administrador de una entidad no lucrativa defrauda con su conducta una confianza más cualificada y socialmente relevante que la de un simple inversor egoísta que busca maximizar su beneficio. El reproche social de quien defrauda a una Organización no gubernamental para distribuir alimentos a los necesitados es claramente superior a quien defrauda con ingeniería contable a los socios de una sociedad anónima, más allá de que lo primero es normalmente mucho más fácil de hacer y difícil de descubrir que lo segundo. En ese sentido, el cuidado en la formulación de estrictos estándares de conducta en este terreno es evidente.

No obstante, la doctrina americana llama la atención sobre las eventuales peculiaridades de este sector que pueden reclamar un tratamiento más detenido de esta cuestión. De un lado, está comprobado en ese país que los negocios entre los miembros del consejo y la

⁸² V., HANSMANN, *Yale, L.J.*, n. 89 (1980), p. 878.

⁸³ Igualmente, el principio I.G de la Guía de la “Fundación Lealtad” apunta que “*El órgano de gobierno demostrará que existen criterios de selección de proyectos, proveedores, personal y organizaciones colaboradoras (contrapartes), para prevenir conflicto de intereses y discriminación. Existirá además una política a seguir en la relación con empresas. Estos criterios y políticas serán públicos. Cuando existan conflictos, se prescindirá de la presencia del miembro afectado para la toma de decisiones*”.

Non profit son habituales especialmente en las de pequeño y mediano tamaño⁸⁴. Ello, lejos de representar un peligro para un gran número de organizaciones, es por el contrario un beneficio, al recibir a menudo de los miembros de la dirección bienes, servicios o el uso de propiedades a precios sensiblemente inferiores a los del mercado; eso sin contar con que en áreas rurales es posible que la empresa del administrador de la organización no lucrativa sea la única que provea de esos servicios⁸⁵. Más allá de una regla de general inadmisibilidad, que parece excluida⁸⁶, sí hay conformidad en que esas operaciones vinculadas deben gozar de un elevado nivel de transparencia para el propio órgano de administración de la entidad y se deben asegurar las medidas que permitan garantizar que las mismas se establecen en el mejor interés de la entidad (“*Duty of Fair Dealing*”). En ese sentido se deben extremar las políticas de conflicto de interés, incluso con líneas escritas que determinen la existencia de ese conflicto y la forma de resolverlo⁸⁷.

3. Exigencia de responsabilidad y falta de litigiosidad

Se ha podido denunciar que no tiene demasiado sentido imponer a los administradores de entidades no lucrativas severos deberes de cuidado y lealtad sin al mismo tiempo establecer una amplia base de sujetos legitimados para exigir su cumplimiento, llegándose así a establecer una obligación legal sin sanción real⁸⁸. En consonancia con lo anterior se encuentra la postura de los administradores, para los que la sanción esperable por una mala gestión no es la exigencia de responsabilidad pecuniaria sino, todo lo más y si el escándalo

⁸⁴ A falta de datos nacionales, podemos tomar los americanos; así OSTROWER, “Nonprofit Governance in the United States”, p. 8 indica que más del 41% de organizaciones no lucrativas con cifras superiores a diez millones de dólares presentan este tipo de operaciones vinculadas, lo cual puede ser incluso mayor ya que el 75% de estas organizaciones no contiene requerimientos de transparencia en relación con estas operaciones. No obstante, señala ese mismo estudio que son las de menor tamaño las que obtienen los bienes y servicios a mejor precio de sus directivos.

⁸⁵ V., GOLDSCHMIDT, *J.Corp.L.*, n. 631 (1997-1998), pp. 647 y 648 y más recientemente OSTROWER, “Nonprofit Governance in the United States”, p. 7., donde cita en ese sentido las objeciones de las organizaciones americanas de entidades no lucrativas frente al intento del Senado en 2004 de introducir severas restricciones en estas operaciones vinculadas, citando los “*Comments on Discussion Draft on Reforms to Oversight of Charitable Organizations*” en <http://www.independentsector.org/PDFs/roundtable.pdf>, así como los comentarios de Audrey R. Alvarado, administrador ejecutivo del National Council of Nonprofit Associations, al comité financiero del senado advirtiendo de una “*Undue hardship*” para las pequeñas y medianas organizaciones no lucrativas http://www.senate.gov/~finance/Roundtable/Audrey_A.pdf

⁸⁶ H. HANSMANN, “Reforming Nonprofit Corporate Law”, *U.Pa.L.Rev.*, n. 129 (1981), pp. 497 y ss., p. 569 que propone un “*absolute flat ban*” en este tipo de negocios.

⁸⁷ Es decir, a través de las conocidas reglas de “*Disclosure, Abstention and Fairness*”; v., “The duties of non profit directors and officers”, en *Corporate Governance Report*, February 2006, p.3, en extenso FREMONT-SMITH, *Governing Nonprofit Organizations*, pp. 215 y ss.

⁸⁸ V., en general PAZ-ARES, “El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas”, pp. 156-157; en la doctrina americana, v., BRODY, *New York Law School L. R.*, n. 40 (1996), pp. 466-467 y citando a éste último MANNE, *Wiss. L.Rev.*, 1999, p. 238.

trasciende, una dimisión más o menos forzada y donde salvo una clara imputación penal siempre se puede salir con la cabeza alta.

En ese sentido es innegable tanto en nuestro derecho como en la experiencia comparada la falta de litigiosidad frente a las *Non profit corporations* y sus gerentes, de modo que esa posibilidad no es en realidad una amenaza desde el punto de vista práctico para que un sujeto asuma la condición de administrador⁸⁹. Así, de un lado, en algunos casos su escaso capital las hace “*Judgment-proof*” ya que poco o nada se podrá sacar de ellas. Por otro lado parece impropio demandar a una entidad no lucrativa, de modo que la gente se lo piensa dos veces antes de actuar frente a ellas ya que el daño social para el demandante y sobre todo para la causa servida, normalmente loable, sería mayor que el beneficio individual derivado de ello⁹⁰. Por lo demás, también se ha señalado que los propios instrumentos procedimentales no son claros, de modo que cuando llegan a los tribunales cuestiones sobre mala gestión de estas entidades lo sólo en los casos más graves y mayoritariamente por la vía penal⁹¹. Todo lo anterior, amén de la limitación en cuanto a la legitimación activa a la hora de demandar a una entidad no lucrativa y sus gerentes, hace que la amenaza real de una demanda por responsabilidad en este sector sea escasa⁹². Y sin embargo, aunque el riesgo real sea mínimo, en países como Estados Unidos la percepción es la de vivir bajo la amenaza de una demanda, acaso por la publicidad extensiva que se puede dar en los escasos casos de litigiosidad frente a las mismas, lo que en ocasiones ha podido llevar a contratar seguros D & O que por su volumen pueden incluso poner en riesgo la propia viabilidad económica de la entidad⁹³.

⁸⁹ En esa dirección, v., BARRET, *Ind. L.J. 71* (1995-1996), pp. 967 y ss. Pp. 971 y ss. Por su lado, HANSMANN, *Yale Law School*, October 2006 (Preliminary draft), p. 4 señala que los socios de una sociedad anónima tienen los mismos incentivos o mejor dicho, la falta de los mismos que los donantes de una no lucrativa; de hecho, señala el caso de Wisconsin y New Jersey, donde se admitió la legitimación de los donantes y sin embargo no aumentó la litigiosidad.

⁹⁰ V., BARRET, *Ind. L.J. 71* (1995-1996), pp. 967 y ss., p. 973. Además señala que en el caso de pequeñas ONL sólo se persiga a los administradores por quiebras *intencionales* de sus deberes que supongan daño para la organización o supongan la violación de una norma. Ese criterio se considera como más claro que el de la negligencia propio de las sociedades mercantiles en materia de deber de cuidado o la infracción del deber de lealtad. Y evita que esos administradores voluntarios y gratuitos deban refrenarse de actuar o pedir consejo antes de realizar cualquier actuación propia de su cargo.

⁹¹ Así, FREMONT-SMITH, *Governing Non Profit Organizations*, p. 14, cita un trabajo de 2003 donde se estudian los casos publicados de mala gestión desde 1995 a 2002. En total son 152 casos de los cuales 48 lo fueron por vía civil, 98 por vía penal y 6 por ambos procedimientos, atribuyendo esa autora la mayoría de casos penales a “*the preponderance of regulatory tools to correct criminal behavior and the greater funding of state and federal agencies prosecuting crimes*”.

⁹² Así, p.ej., véase la legitimación para exigir responsabilidad a los patronos de una fundación en el art. 17.3 de su ley: “*La acción de responsabilidad se entablará, ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación: a) Por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado. b) Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 35.2. c) Por los patronos disidentes o ausentes, en los términos del apartado 2 de este artículo, así como por el fundador cuando no fuere Patrono*”.

⁹³ Se señala que la cuota de seguro de responsabilidad de los administradores de los Boy Scouts subió de 2.000.000 a 10.000.000 en 1986.

Las soluciones en cualquier caso no son sencillas. No obstante, y *de lege ferenda* se podría proponer tanto la ampliación de la legitimación activa⁹⁴ como el establecimiento de una autoridad regulatoria que efectivamente supervisase la actuación de estos sujetos facilitando su interacción con la sociedad civil a través de la posibilidad de denuncias de particulares, sin perjuicio de otras soluciones más creativas propuestas en el panorama comparado⁹⁵. En todo caso, lo anterior pasa por un presupuesto básico que se tratará a continuación: el de la transparencia.

4. La necesaria transparencia

Como se puede decir contrahaciendo una famosa expresión, la transparencia es el mejor policía⁹⁶. No en vano, la Guía de la “Fundación Lealtad” formula nueve “Principios de Transparencia y Buenas Prácticas”, parificando en ese título a la una con las otras⁹⁷. No es necesario incidir en el objeto de esta transparencia, que lógicamente se deberá centrar en hacer constar de forma clara su forma jurídica –asociación, fundación, etc. –, sus estatutos

⁹⁴ Ya se ha tenido ocasión de apuntar con anterioridad la ampliación de legitimación que se prevé en la propuesta de Fundación Europea (art. 4.3, 4.4 y 4.5), donde se reconoce al fundador, a los beneficiarios y a cualquier tercero afectado o interesado en la fundación el derecho a hacer una denuncia a la supervisión estatal, que según quienes sean los denunciados deberá emitir un informe razonado al respecto en un breve plazo de sesenta días.

⁹⁵ En ese sentido, la solución que apunta HANSMANN, *Yale Law School*, October 2006 (Preliminary draft), p. 4 podría ser la de permitir que los abogados “collect fees” en orden a incentivar que sean estas firmas legales las que por su propio interés en el éxito de la reclamación, busquen a sus clientes entre esos *stakeholders* y así promocionen ese control. Por su lado, como ya se ha visto, también en Estados Unidos se ha propuesto como solución la creación de “Private, for profit monitoring companies”, que monitoricen en virtud de contratos con las no lucrativas su actividad, teniendo capacidad para demandarlas en virtud de ese acuerdo en calidad de “Contract plaintiffs”; v., MANNE, *Wis. L.R.*, 1999, pp. 227 y ss., p. 229 y 254. Otros autores proponen que sea el *Internal Revenue Service* –es decir, el fisco– quien directamente se haga cargo de esa función de tercero encargado de la supervisión, en ausencia de un equivalente perfecto de la SEC; así, v., SZYMANSKY, *Utah L. Rev.*, 2003, p. 1321. En general, por un sistema de “self regulation”, v., GOLDSCHMIDT, *J. Corp. L.*, n. 23 (1997-1998), p. 650.

⁹⁶ Se trata de la clásica formulación de L.D.BRANDEIS, *Other people's money and how Bankers use it*, 1914, p. 92: “Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman”. La encontramos recogida aunque para criticarla en MULLIGAN, *Mich. Law. Rev.*, 105 (2007), p. 1999 y ss., Y es que como se indica por éste último, la transparencia es sólo el primer paso: la misma sólo es eficaz cuando se acompaña de medidas que permiten a los terceros, públicos o privados, actuar a la luz de la misma y hacer uso de ella.

⁹⁷ De hecho, la mayoría de esos principios se centran de un modo u otro en la transparencia; así el número 2, relativo a la claridad y publicidad del fin social, el 4 relativo a la comunicación e imagen fiel en la información, el 5 dedicado a la transparencia en la financiación, y el 8 relativo al principio de presentación de cuentas anuales y cumplimiento de las obligaciones legales. Otros, como el 7, lo tratan puntualmente al reconocer que en el caso de contribuciones especiales por su cuantía (más de 600.000 euros) se procederá a una auditoría de cumplimiento de objetivos y de utilización de dichos fondos. V., en general PAZ-ARES, “El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas”, pp. 151 y ss.

y reglas de organización y gobierno así como las personas de sus directivos⁹⁸. Lo previsto a propósito de las sociedades cotizadas en ese sentido resulta especialmente fructífero. Por lo demás, esa exigencia de transparencia habría de alcanzar al conocimiento de sus fuentes de financiación –negocios propios, donativos y subvenciones públicas–, así como al cumplimiento de las obligaciones legales⁹⁹ y la satisfacción de los objetivos sociales mediante los correspondientes informes razonados¹⁰⁰.

A favor de lo anterior milita en definitiva el que una gran parte de estas organizaciones cuentan, precisamente como forma de difusión y publicidad de su actividad, con páginas de Intenet, a través de las que el requisito de transparencia resulta especialmente controlable. Otra cosa es que luego exista un cuerpo o grupo de expertos interesados en filtrar y procesar esa información para el mercado de donantes y voluntarios, en orden a evitar que el público en general no acabe *blinded by the light* al no poder procesar toda esa información¹⁰¹. En esa dirección, los organismos oficiales o los de la autorregulación privada parecen especialmente idóneos a tal efecto.

V. CONCLUSIONES

Las anteriores consideraciones han sido sólo un bosquejo apresurado y con trazo muy grueso de la posibilidad de aprovechar las aportaciones del Gobierno Corporativo de las sociedades cotizadas a las organizaciones sin ánimo de lucro. Desde luego la tarea de ordenar todo ese sector pasa a nuestro juicio por reivindicar para el mismo su carácter de sector esencialmente privado, al menos en cuanto a sus reglas de organización y de gestión. En ese sentido, se echa de menos un *aggiornamento* o puesta al día de las estructuras legales de incorporación que permitan aprovechar las enseñanzas y cuerpo doctrinal de las sociedades anónimas y limitadas, por ejemplo, a través de su adaptación a este sector como en Estados Unidos o en Gran Bretaña. En esa línea, sería deseable explorar la posibilidad de crear las figuras de sociedades anónimas o limitadas no lucrativas. También sería de desear que el Derecho Tributario dejase de tener ese papel directivo que tiene hoy en la materia, o que

⁹⁸ Así, por ejemplo, la web del Grupo Español del IIC (International Institute for Conservation of historic and artistic works) transcribe de forma completa sus estatutos como Asociación. Por lo demás, el principio 1 F de los “Principios de Transparencia y Buenas Prácticas” de la “Fundación Lealtad” prevén expresamente que los nombres y un breve *curriculum* de los miembros de los órganos de gobierno y los nombres de los directivos de la organización serán públicos.

⁹⁹ V., p.ej. la *Form 990* completa con más de cincuenta páginas de información contable de las *Girl Scouts* en http://www.girlscouts.org/who_we_are/facts/pdf/form_990.pdf

¹⁰⁰ Como indica BOOZANG, “Does an Independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance?” en p. 46 que dado el especial papel que desempeña en nuestra sociedad, la confidencialidad debe tener un papel muy limitado en la gestión de la no lucrativa.

¹⁰¹ BOOZANG, “Does an Independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance?”, p. 44., donde insiste en p. 46 que dado el especial papel que desempeña en nuestra sociedad, la confidencialidad debe tener un papel muy limitado en la gestión de la no lucrativa.

al menos se coordinase mejor con el Derecho Privado a la hora de establecer requisitos y reglas de organización a efectos de gozar de beneficios fiscales. Más allá de lo anterior, y sin perjuicio de las necesarias adaptaciones, también creemos que un Código de Buen Gobierno del Sector no Lucrativo a cargo de una instancia pública o auspiciado por la misma no sólo es hacedero sino que contribuiría enormemente a fomentar la confianza de voluntarios y donantes en el mismo, lo que como es sabido es la base de su desarrollo y supervivencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALEXANDER, J. A y WEINER, B.J., “The adoption of the Corporate Governance Model by non Profit Organizations”, *Nonprofit Management and Leadership*, vol. 8, n.3, Spring 1998, pp. 223 y ss.
- BEN-NER, A., y Gui, B., “The Theory of Nonprofit Organizations Revisited”, en <https://netfiles.umn.edu/users/benne001/www/papers/Ben-NerGui2003.pdf>.
- BISHOP, C.G., “The Deontological Significance of Nonprofit Corporate Governance Standards: A Fiduciary Duty Without a Remedy”, en *Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 08-03, January 23, 2008*, pp. 3 y 4, en <http://ssrn.com/abstract=1086751>.
- BOOZANG, K. M., “Does an Independent Board Improve Nonprofit Corporate Governance?”, Working Paper, (July 2007), Seton Hall University School of Law, p. 34, en <http://ssrn.com/abstract=229082>.
- BRODY, E., “Agents without Principals: The Economic Convergence of the Non Profit and For Profit Organizational Forms”, *New York Law School L. R.*, 40 (1996), pp. 457 y ss.
- FREMONT-SMITH, M.R., *Governing Nonprofits organizations. Federal and State Law and Regulations*, Cambridge et al., 2004.
- GOLDSCHMIDT, H.J., “The Fiduciary Duties of Nonprofit Directors and Offices: Paradoxes, Problems and Proposed Reforms”, *J. Corp. L.* 23 (1997-1998), pp. 621 y ss.
- HANSMANN, H., “The Role of Non Profit Enterprise”, *Yale L.Y.*, 89 (1980), pp. 835 y ss.
- HANSMANN, H., “Two systems of Law for Corporate Governance: Nonprofit versus For Profit”, *Yale Law School*, October 2006 (Preliminary draft),
- LANGEVOORT, D.C., “The human Nature of Corporate Boards: Laws, Norms, and the Unintended Consequencies of Independence and Accountability”, *Georg. L.J.*, 89 (2002), pp. 797 y ss.
- LIEN, D., “Competition between Nonprofit and For-Profit Firms”, *Int. J. Buss. And Economics*, 3 (2002), pp. 193 y ss.
- MANNE, G.A., “Agency Cost and the Oversight of Charitable Organizations”, *Wis. L.R.*, 1999, pp. 227 y ss.
- MATEU DE ROS, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Pamplona, 2007.
- PANIAGUA ZURERA, P., *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, en *Tratado de derecho Mercantil*, T. XII, Vol. 1, Madrid-Barcelona 2005.
- PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, 2007.
- PAZ-ARES, C., “El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas (reflexiones preliminares)”, en *La filantropía, tendencia y perspectivas. Homenaje a Rodrigo Uría Meruéndano*, [V. PÉREZ-DÍAZ (Dir)], Madrid, 2008, pp. 147 y ss.

- PÉREZ ESCALONA, S., *La asociación y el derecho de asociaciones. Una revisión en clave contractual*, Madrid, 2007.
- Principles of the Law of Nonprofit Organizations* del American Law Institute, (en lo sucesivo *ALI Principles*) en p. 13, *apud* n. 5 del *Tentative Draft* n.1 de marzo de 2007.
- RUIZ OLABUÉNAGA, J. I., (dir): *El Sector No Lucrativo en España*, Madrid, Fundación BBV. Documenta, 2000.
- SANTOS MORÓN, M^a J., *La Responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos*, Madrid, 2007.
- SALELLES J.R., y VERDERA, R., *El patronato de la fundación*, Pamplona, 1997.
- SZYMANSKY, W.K., “An Allegory of Good and Bad Governance: Applying the SarbanesOxley to Nonprofit Organizations”, Utah L.R. 2007, pp. 1303 y ss.
- VVAA, *Gutes besseres tun. Corporate Governance in Nonprofit-Organisationen*, [R.C. Voggenperger *et al.* (Dirs.)], Bern *et al.*, 2004.