

## CAPÍTULO TERCERO

### EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

#### I. EL PANORAMA LEGISLATIVO EXISTENTE A RAÍZ DE LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO: LA DESCONFIANZA HACIA LOS ENTES MORALES

En el ordenamiento jurídico italiano, al igual que en el español, el derecho de asociación presenta una evolución histórica que está fuertemente marcada por la gradual superación de la abierta posición de hostilidad que había presidido las relaciones del poder público con los cuerpos intermedios en la formación del Estado moderno.

En efecto, como se ha puesto de relieve<sup>300</sup> las asociaciones y en particular algunas especies de ellas —principalmente las religiosas— habían sido objeto de especial atención por el Estado debido a la gran masa de bienes que durante siglos se habían acumulado en sus manos sustrayéndola, de este modo, al comercio. Estas son las conocidas como *pia corpora* o *pia causae* y designadas en el ordenamiento jurídico francés como *gens de mano morte*. La legislación que se adoptó con respecto a ellas fue francamente demoledora, dirigida a la supresión de la mayor parte de las personas eclesiásticas y a la consiguiente devolución de los bienes al Estado.

Al entrar en vigor el código civil italiano de 1865, no se puso en tela de juicio el reconocimiento, por parte del ordenamiento ju-

<sup>300</sup> Ferrara, F., “Le persone giuridiche”, en Vassalli, F. (coord.), *Trattato di Diritto Civile italiano*, vol. II, Turín, UTET, 1958, t. II, p. 12.

rídico, de la libertad del derecho de asociación, a pesar de que el Estatuto Albertino, concedido por Carlo Alberto, rey de Cerdeña, el 4 de marzo de 1848 y convertido luego en la Constitución del Reino de Italia en 1861, no contemplase una expresa disposición al respecto, ya que en el artículo 32 sólo se recogía el derecho de reunión, pero no el derecho de asociación. El artículo 2o. de dicho código civil, utilizando la antigua expresión de “cuerpos morales”, dispuso: “Los municipios, las provincias, los institutos públicos civiles y eclesiásticos y en general los cuerpos morales, legalmente reconocidos, son considerados como personas y gozan de los derechos civiles, según las leyes y los usos observados como derecho público”. El código derogado no disciplinaba, por tanto, la figura de las asociaciones no reconocidas, prevista sólo en esporádicas disposiciones contenidas en leyes especiales, aunque existía plena libertad para constituir las, si bien relegadas, “según parte de la doctrina y de la jurisprudencia a una condición de absoluta incapacidad”.<sup>301</sup>

El advenimiento del fascismo introdujo modificaciones notables en el régimen de la libertad de asociación y en las relaciones entre las asociaciones y las organizaciones estatales. Así, en esta época aparecen un conjunto de disposiciones destinadas a reprimir, de modo particular, las asociaciones políticas, ya que en este ámbito la garantía del pluralismo contrastaba radicalmente con el papel asignado al partido único de enlace entre las corporaciones y los órganos de dirección política del Estado fascista.<sup>302</sup>

<sup>301</sup> De Giorgi, M. V., “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, vol. 2, Turín, UTET, 1999, p. 285.

<sup>302</sup> La Ley del 26 de noviembre de 1925, núm. 2029, transferida después en el texto único de pública seguridad de 1931 (artículos 209 y 212), creada para suprimir la masonería y su infiltración en las diversas ramas de la administración del Estado, introduce un mecanismo de publicidad para las asociaciones, que la autoridad de pública seguridad podía hacer operante “por razón de orden público y de seguridad pública”, véase, Acquarone, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, Turín, 1965, pp. 69 y ss. Las amplias prerrogativas de prevención atribuidas a la autoridad de pública seguridad se concretaron

A partir de esta situación, el itinerario se desarrolla en dirección ascendente en la superación de los prejuicios de la ideología liberal hacia los entes privados carentes de finalidad lucrativa<sup>303</sup> y se recoge en dos textos legales bien precisos: El Código civil, aprobado por real decreto de 16 de marzo de 1942-XX, núm. 262 y la Carta constitucional de la nueva República del 27 de diciembre de 1948, que “configura un sistema constitucional radicalmente distinto del que había encontrado expresión en el Estatuto Albertino y en los desarrollos sucesivos que había conocido”.<sup>304</sup>

Respecto al Código civil se ha resaltado que la nota positiva más sorprendente viene dada no tanto por la superación de la antigua desconfianza hacia los grupos organizados, sino por la adopción de la estructura de tipo asambleario para la regulación de las asociaciones que, tradicionalmente, se vincula a los esquemas típicos de la democracia política, precisamente en un momento en el que dicha opción estaba repudiada en el ámbito constitucional. De ahí que la disciplina de las asociaciones contenida en

después con las atribuciones concedidas al poder prefecticio (el prefecto es una figura similar a la del delegado del gobierno) para disolver las asociaciones contrarias “a los ordenamientos políticos constituidos en el Estado” (artículo 210 texto único). En esta dirección, resulta también emblemática la regulación en el Código penal de 1930, junto a los dichos asociativos ya contemplados en el de 1889, de la nueva figura criminal de las asociaciones subversivas (artículo 270), entes tipificados no ya por las actuaciones de su programa mediante la organización de una empresa criminal, hipótesis que se aplicó a las distintas figuras de la conspiración política mediante asociaciones (artículo 305), sino que se trataba de asociaciones que limitaban su actividad “a la difusión de las ideas, esto es, a las afirmaciones teóricas de los objetivos que constituyen su programa”. Véase, Ridola, P., Voz “Associazione, e Libertà di Associazione”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, pp. 2 y 3.

<sup>303</sup> Santoni, M., explica que “el antiguo ostracismo hacia los grupos privados organizados reenvía más a la particular concepción del Estado administrativo que nuestro sistema italiano ha heredado de Francia que no a la ideología clásica del liberalismo”. Santoni, M., Voz “Associazione”, *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, Turín, UTET, 1987, p. 485.

<sup>304</sup> Caretti, P. y De Siervo, H., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Turín, Giappichelli, 2004, p. 67.

el Código civil, poco solidaria con el clima político imperante en los años de su entrada en vigor, haya podido ser plenamente aplicada sólo con la vuelta a la democracia y gracias a la carta constitucional.<sup>305</sup>

La libertad de asociación en la carta magna italiana se encuadra en el principio pluralista y en la autonomía de las formaciones sociales materializadas en el artículo 2o. de la Constitución.<sup>306</sup> La doctrina explica que la amplia libertad reconocida al derecho de asociación por este artículo, hasta el punto de poner al mismo nivel “el hombre como particular” y las “formaciones sociales en las que se desarrolla la personalidad de los particulares”, regulando el principio “personalista” junto al “pluralista”, es una obvia consecuencia de la caída del régimen fascista y su sustitución por uno de corte democrático.<sup>307</sup> Desde otro punto de vista, se ha resaltado por la jurisprudencia la diversa función que desempeña dicho artículo: en ocasiones se invoca a favor de la protección de las asociaciones como instrumentos mediante los que el hombre puede realizar su propia personalidad, mientras que otras veces sirve para defender los derechos del individuo en el interior de la asociación; aunque no faltan decisiones jurisprudenciales que ponen de manifiesto la coordinación entre ambos aspectos de la norma constitucional.<sup>308</sup>

El artículo 18, que sanciona el derecho de asociación en la Constitución italiana, quedó redactado de la siguiente manera: “Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente, sin autorización, para los fines que no estén prohibidos a los par-

<sup>305</sup> Para la relación de la libertad del derecho de asociación con la democracia, véase Ridola, P., *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milán, 1987.

<sup>306</sup> Dicho precepto constitucional establece: “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como particular, sea en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y precisa el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”.

<sup>307</sup> Amato, G. y Barbera, A. (coords.), *Manuale di diritto pubblico*, Bolonia, Il Mulino, 1994, p. 253.

<sup>308</sup> Galgano, F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. I, Padua, CEDAM, 2009, p. 212.

ticulares en las leyes penales. Se prohíben las asociaciones secretas y las que persigan, incluso indirectamente, fines políticos mediante organizaciones de carácter militar”.

La disposición constitucional ha delineado el Estatuto General de la Libertad Asociativa, garantizando también la libertad negativa de no asociarse,<sup>309</sup> complementado por la especial tutela concedida, en el mismo texto normativo, a determinadas asociaciones especiales (artículos 20, 39 y 49).<sup>310</sup>

El trato de favor con el que el constituyente contempla el fenómeno asociativo<sup>311</sup> se manifiesta ya en el primer párrafo del artículo 18, al proclamar que la libertad de asociación sólo presenta como límites la persecución de aquellos fines que les están vedados a los particulares en las leyes penales. De este modo, el fenómeno asociativo queda configurado como proyección de la libertad individual, sin establecer con respecto a aquél ningún límite específico, ninguna posibilidad de adoptar

<sup>309</sup> Corte Constitucional, 239/1984; De Siervo, H., “Associazioni (libertà di)”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, t. I, p. 490.

<sup>310</sup> El artículo 20, relativo a las asociaciones religiosas, dispone: “El carácter eclesiástico y el fin de religión o de culto de una asociación o institución no pueden ser causa de especiales limitaciones legislativas, ni de especiales gravámenes fiscales para su constitución, capacidad jurídica y toda forma de actividad”. El artículo 39, atinente a los sindicatos, expresa: “La organización sindical es libre. A los sindicatos no les puede ser impuesta otra obligación que la de su inscripción en la oficina local o central, según las normas de la ley. Es condición para la inscripción que los estatutos de los sindicatos sancionen un ordenamiento interno de base democrática. Los sindicatos registrados tienen personalidad jurídica. Pueden representarse unitariamente en proporción de sus afiliados, estipular contratos colectivos de trabajo con eficacia obligatoria para todos los pertenecientes a la categoría a la cual el contrato se refiere”. Finalmente, el artículo 49 regula los partidos políticos: “Todos los ciudadanos tienen derecho de asociarse libremente en partidos para concurrir con procedimientos democráticos a la determinación de la política nacional”.

<sup>311</sup> No ha pasado inadvertido que la consagración de la libertad del derecho de asociación supone el único explícito reconocimiento, con rango constitucional, de un derecho de autonomía contractual. Rigano, F., *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padua, CEDAM, 1995, p. 2.

una legislación más severa que la impuesta a los particulares en las leyes penales.<sup>312</sup>

Esta regla conoce, no obstante, dos excepciones expresamente previstas en el segundo párrafo del artículo 18 “las asociaciones secretas y aquellas que, aunque indirectamente, persigan fines políticos a través de una organización de carácter militar, las cuales están prohibidas en cuanto tales, con independencia de que persigan o no fines penalmente ilícitos”.<sup>313</sup>

La contundente prohibición de las asociaciones secretas se explica conectando este párrafo del artículo con la amplia formulación garantista reconocida al derecho de asociación por el párrafo primero, al establecer la imposibilidad de imposición de límites específicos, lo que sólo se justifica si al menos se conoce la existencia y finalidad perseguida por la asociación. En cambio, la segunda excepción se vincula con otra disposición constitucional: el artículo 49, que impone a los partidos políticos la obligación de respetar el “método democrático”, método que presumiblemente quedaría conculcado ante la presencia de estructuras internas de carácter militar o paramilitar.<sup>314</sup>

La definición de las asociaciones secretas se ha producido con gran retraso a raíz de la promulgación de la Ley 17/1982, que se redactó a consecuencia de los acontecimientos ligados a la logia masónica P2, implicada en actividades dirigidas a subvertir el orden constituido, señalando como elementos que cualifican como secreta una asociación la ocultación de la propia existencia, de los fines, del nombre de los socios y el desarrollo de actividades dirigidas a interferir en el ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales o de la administración pública.

<sup>312</sup> Recientemente, se ha introducido en el ordenamiento jurídico italiano el delito de asociación con finalidad de terrorismo internacional, que comprende los actos de violencia que hayan sido cometidos por una institución o un órgano internacional (Ley 438/2002, de conversión del decreto legislativo 374/2001).

<sup>313</sup> Rossi, E., *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, p. 57.

<sup>314</sup> Caretti, P.; De Siervo, H., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit., pp. 467 y 468.

Por lo que respecta a las asociaciones paramilitares, prohibidas en el decreto legislativo de 14 de febrero de 1948, núm. 43, no implican necesariamente la presencia de una organización militar en sentido propio, siendo suficiente que las relaciones entre los asociados estén inspiradas en principios tan fuertemente jerárquicos que hagan temer el desarrollo de actividades de intimidación o violencia, consideradas incompatibles para toda asociación que persiga, “incluso indirectamente”, fines políticos.<sup>315</sup>

En contraste con la amplia generosidad con la que el constituyente se pronuncia con respecto a la libertad del derecho de asociación, el legislador civil regula la disciplina de las personas jurídicas con una mentalidad fuertemente restrictiva y sometién-dolas a amplios poderes de control por parte de la autoridad administrativa a la hora de adquirir la personalidad jurídica. Ello determina que en este sector, se produzca una conmixtión entre las normas de derecho público y las del derecho privado que introducen “en el sistema un cuerpo en cierto modo extraño”.<sup>316</sup>

Con la entrada en vigor el 1o. de julio de 1939 del libro primero del código actual se introdujo, sobre la base sistemática del código civil alemán, un régimen general para las asociaciones y las fundaciones. El título II del libro I que se intitula “De las personas jurídicas” disciplina en los capítulos I, II y III las dos figuras,<sup>317</sup> de ahí que el profesor Galgano puntualice que, en rea-

<sup>315</sup> Llama la atención que en la Constitución italiana, al contrario de lo que sucede en otras Constituciones europeas como la española, no exista ninguna norma que proclame la libertad de fundación. De Giorgi, M. V., “Capitolo VII, Fonti della disciplina”, Zoppini, A (coord.), *Diritto Civile*, vol. I, Giuffrè editore, 2009, pp. 355 y ss.

<sup>316</sup> De Giorgi, M. V., “Capitolo VI, Persone Giuridiche...”, *cit.*, p. 341.

<sup>317</sup> Nos vamos a dedicar, con una visión panorámica, tan solo al contenido normativo del título tal y como fue redactado en el momento de su entrada en vigor, contemplando la profunda reforma experimentada en alguno de sus artículos a través del desarrollo de los puntos posteriores que se referirán, preferentemente, a las asociaciones. Para un estudio profundo de la regulación de la materia en esta época, véase Galgano, F., “Delle persone giuridiche”, en Scialoja, A., y Branca, G. (coord.), *Commentario del Codice Civile*, sub artículos 11-35, Zanichelli (Bologna), Foro Italiano, 1976, Galgano, F., “Delle associazione non

lidad, el título tiene un contenido bastante menos extenso de lo que la rúbrica genérica puede inducirnos a pensar, en cuanto que no agota la disciplina de la persona jurídica ni contiene una especie de “parte general” de la materia, quedando restringido aquel contenido a dichas figuras.<sup>318</sup>

Las disposiciones generales del capítulo I (artículos 11-13 c.c.), que tienen precisamente la función de circunscribir el ámbito de aplicación de la disciplina, contemplada en los sucesivos capítulos II y III, a las asociaciones y a las fundaciones, precisan que a las provincias y municipios y a los otros entes públicos reconocidos como personas jurídicas no se les aplican las normas de este título gozando “de los derechos según las leyes y los usos observados como derecho público” (artículo 11 c.c.). También se sustraen de dicha disciplina las sociedades que se regulan por las disposiciones contenidas en el libro V (artículo 13 c.c.). El capítulo I se cerraba estableciendo un complicado mecanismo para adquirir la personalidad jurídica (artículo 12 c.c., que ha sido derogado), como se explicará en su lugar oportuno.

En el capítulo II (artículos 14-35 c.c.) se contempla la disciplina de las asociaciones y fundaciones reconocidas,<sup>319</sup> al igual

riconosciute e dei comitati”, en Scialoja, A., y Branca, G. (coords.), *Commentario del Codice Civile*, artículos 36-42, Zanichelli (Bologna), Foro Italiano, 1976; Ferrara, F., “Le persone giuridiche”, en Vassalli, F. (coord.), *Trattato di Diritto Civile italiano*, cit., pp. 125 y ss.

<sup>318</sup> Galgano, F., “Delle persone giuridiche”, en Scialoja, A., y Branca, G., (coord.), *Commentario del Codice Civile*, cit., p. 1. En el ordenamiento jurídico italiano, además de las asociaciones reconocidas y de las fundaciones, tienen la consideración de personas jurídicas privadas: la sociedad de capital (artículos 2331.1; 2464; 2475.2 c.c.), la sociedad cooperativa (artículos 2511; 2519.2 c.c.), las mutuas aseguradoras (artículo 2547 c.c.) y los consorcios constituidos en forma de sociedad (artículo 2615-ter). El artículo 863 c.c. prevé que asuman la forma de persona jurídica —privada o pública, según la “particular importancia de las funciones”— los consorcios de mejora inmobiliaria.

<sup>319</sup> Se ha criticado que en este complejo de normas se contengan tanto la regulación de las asociaciones, como de las fundaciones, observando que sería más correcto, sistemáticamente, individualizar la regulación de las dos figuras. Véase De Giorgi, M. V., “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni ri-

que en el artículo 12 c.c., como acabamos de mencionar, conteniendo las disposiciones relativas al acto constitutivo de unas y otras, que ha de ser público,<sup>320</sup> sin perjuicio de que, además, la fundación se puede disponer en testamento (artículo 14 c.c.), y con la misma forma han de ser redactados los estatutos que contienen las normas que regulan la vida del ente cuyo contenido viene fijado en el artículo 16 c.c., la posibilidad de revocar dicho acto por parte del fundador (artículo 15 c.c.) y la necesidad de que las eventuales modificaciones del acto constitutivo y de los estatutos sean aprobadas por la autoridad gubernativa, con los mismos requisitos establecidos para el reconocimiento en el artículo 12 c.c. (artículo 16 c.c.). La opinión doctrinal mayoritaria se muestra partidaria de atribuir al acto constitutivo la naturaleza jurídica de un contrato,<sup>321</sup> ya que la patrimonialidad de la relación no es excluida por la naturaleza ideal del interés perseguido. Sin embargo, se ha hablado también de convención negocial plurilateral pues las prestaciones del asociado no confieren a la relación constituida carácter patrimonial.<sup>322</sup>

Dicho acto constitutivo debe contener los extremos a los que se refiere el artículo 16.1 c.c. relativas a la denominación del ente, la indicación de la finalidad (que forzosamente ha de ser no económica),<sup>323</sup> del patrimonio, de la sede, las normas sobre el ordenamiento y la administración, la determinación de los dere-

conosciute e le fondazioni”, en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, cit., p. 427.

<sup>320</sup> Sin que sea necesaria tal formalidad para las sucesivas adhesiones. De Giorgi, M. V., “Capitolo VIII. Le associazioni”, Zoppini, A. (coord.), *Diritto Civile*, cit., p. 375.

<sup>321</sup> Galgano, F., “Delle persone giuridiche”, en Scialoja, A. y Branca, G., (coords.), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli (Bologna), Foro Italiano, 2006, pp. 218 y ss.

<sup>322</sup> Bianca, C. M., “La norma giuridica. I soggetti”, *Diritto civile*, Milano, 2003, t. I, p. 360.

<sup>323</sup> La diferencia entre asociaciones y sociedades marcada por la distinta naturaleza del fin perseguido, ideal en las primeras y lucrativo en las segundas, se puede estudiar en Galgano, F., *Trattato di Diritto Civile*, cit., pp. 218 y ss.

chos y las obligaciones de los asociados así como las condiciones para su admisión y puede incluir las normas relativas a la extinción y a la devolución del patrimonio.<sup>324</sup>

Además, se prevé para las personas jurídicas del libro primero un sistema de inscripción minuciosamente detallado en los artículos 33, 34, 35 c.c. y 22-30 de las disposiciones de actuación del Código civil, que no tenía naturaleza constitutiva, al no ser requisito esencial para la adquisición de la personalidad jurídica, sino que tiene una función de mera publicidad. Se instituye un registro en cada capital de provincia (artículo 33 c.c.) que se llevaba bajo la directa vigilancia del tribunal (artículo 22 de las disposiciones actualizadoras), imponiendo a los administradores (o liquidadores) sanciones administrativas cuando no soliciten la inscripción en los casos y en los términos establecidos en las leyes (artículo 35 c.c.) y la responsabilidad personal y solidaria, juntamente con la persona jurídica, de las obligaciones asumidas por ésta cuando omitan pedir la inscripción de una persona jurídica reconocida (artículo 33 c.c.).

Por lo que respecta a la capacidad en la esfera de los derechos patrimoniales, se imponía a la persona jurídica una notable limitación para evitar la formación de manos muertas, esto es, la acumulación en ella de bienes que no fuesen enajenados y puestos de nuevo en circulación. En este sentido, el artículo 17 c.c. exigía la autorización gubernativa para la adquisición de bienes inmuebles, tanto a título oneroso como gratuito y para la aceptación de donaciones o herencias o la consecución de legados que tuvieran por objeto, tanto bienes muebles como inmuebles.

La formación de la voluntad de la persona jurídica se expresa a través de los órganos, siendo los administradores los más importantes de estos órganos, y en las asociaciones, también la asam-

<sup>324</sup> Para las asociaciones no reconocidas es necesario hacer constar la previsión de la finalidad, las condiciones para la admisión de los asociados y las reglas sobre el ordenamiento interno y la administración. Para un estudio en extenso de estas cuestiones, De Giorgi, M. V., "Capitolo VIII. Le associazioni", Zoppini, A. (coord.), *Diritto Civile, cit.*, pp. 376 y ss.

blea de los asociados. Los primeros, que necesariamente han de ser personas físicas, elegidas entre los asociados, constituyen el órgano directivo y están provistos de una exclusiva competencia para administrar, aunque se estima que deben adecuar su actividad a las directrices marcadas por la asamblea.<sup>325</sup> Se les atribuye la función de gestionar el ente, representarlo en las relaciones con los terceros y, en general, desarrollar todas las actividades previstas en las leyes como la convocatoria anual de la asamblea para la aprobación del balance (artículo 20 c.c.). En el cumplimiento de su función vinculan con su actividad a la asociación que responde con su patrimonio de las obligaciones por ellos asumidas. Por su parte, son responsables hacia el ente según las reglas del mandato (artículo 1710 c.c.),<sup>326</sup> aunque existen exenciones a dicha responsabilidad (artículo 18 c.c.). Son investidos de un poder general que normalmente viene calificado como poder de representación, siendo necesario que las posibles limitaciones que se impongan a tal poder se inserten en el registro de las personas jurídicas para que puedan ser opuestas a los terceros, salvo que se pruebe que éstos tenían conocimiento de dichas limitaciones (artículo 19 c.c.).

La asamblea, por el contrario, es un órgano específico de las asociaciones en la que se reúnen los asociados, que toma sus acuerdos conforme al principio mayoritario (artículo 21 c.c.). A pesar de que tradicionalmente se le considera un órgano unitario, formado por la entera colectividad de los asociados, la praxia moderna ha implementado módulos asamblearios diversos. Así, la asamblea puede constituirse a través de delegados elegidos por asambleas parciales o fraccionadas en una multiplicitad de órganos (congreso, consejo, comité central), cada uno de los cuales representa una dimensión del órgano asam-

<sup>325</sup> Basile, M., "Le persone giuridiche" (con una contribución de De Giorgi, M. V.), Iudica, G., Zatti, P. (coord.), *Trattato di Diritto privato*, Milán, Giuffrè, 2003, p. 221.

<sup>326</sup> Se les exige, por tanto, la diligencia adecuada al tipo de prestación debida.

bleario.<sup>327</sup> Debe ser convocada al menos una vez al año para la aprobación del balance y en todos los demás casos en que sea necesario o se pida por al menos una décima parte de los asociados (artículo 20 c.c.). Además, le corresponde a la asamblea todas las decisiones concernientes a la vida, la disciplina y la actividad de la asociación, en particular la modificación del acto constitutivo y de los estatutos, disolución y devolución del patrimonio, denominación y revocación de los administradores, exclusión de los asociados. El artículo 22 c.c. precisa que tiene también competencia para deliberar sobre la acción de responsabilidad contra los administradores, siendo ejercitada la acción en juicio por los nuevos administradores o, después de la disolución de la asociación, por los liquidadores, pudiendo pedir la autoridad judicial la anulación de las deliberaciones que se hayan tomado violando cualquier norma de la ley o cualquier cláusula del acto constitutivo o de los estatutos (artículo 23 c.c.).

La adquisición de la cualidad de asociado se puede realizar originariamente, simultáneamente a la constitución de la asociación o en forma sucesiva. En este último sentido las asociaciones constituyen organizaciones colectivas que presentan una estructura abierta. Ello significa que el contrato asociativo está abierto a la posibilidad de nuevas adhesiones, de modo que los nuevos miembros pueden, sin límite alguno, agregarse a los preexistentes sin que el contrato sufra modificación alguna.<sup>328</sup> El estatus aplicable a los asociados se contempla en el artículo 24 c.c., donde se establece que la cualidad de asociado es, por regla general,

<sup>327</sup> Galgano, E., *Commentario compatto al Codice civile*, Piacenza, La Tribuna, 2008, pp. 192 y ss., que justifica la previsión estatutaria de estos mecanismos de democracia indirecta en la naturaleza no económica de la finalidad perseguida por los asociados.

<sup>328</sup> Por el contrario, en la sociedad lucrativa es elemento esencial del contrato, determinante del consentimiento de los contrayentes, el número y la identidad personal de las partes (sociedad de persona) o la suma del capital (sociedad de capital). De ahí que la adhesión de nuevas partes al contrato sólo sea posible mediante una deliberación que modifique los pactos originarios y dentro de los límites establecidos en ella. Galgano, E., *Trattato di Diritto Civile*, cit., p. 222.

intransmisibile (dada la naturaleza *intuitu personae* del contrato asociativo), excepto que haya consentido la transmisión en el acto constitutivo o en los estatutos, pero, en atención a la tutela de la libertad negativa de asociación, se les concede la facultad de renunciar a la asociación siempre que no hayan asumido la obligación de formar parte de ella por un tiempo determinado. En cuanto a la exclusión del asociado, sólo puede ser adoptada por la asamblea cuando concurren graves motivos, reconociéndole la posibilidad de recurrir a la autoridad judicial en el término de seis meses desde la notificación; tanto en uno como en otro caso los asociados no pueden repetir las contribuciones pagadas ni tienen ningún derecho sobre el patrimonio de la asociación. Por otra parte, los derechos y obligaciones que corresponden a los asociados se contienen en el contrato de asociación, aunque resulta viable que éste remita a los órganos de la asociación la determinación periódica de la modalidad de ejercicio de los derechos o del cumplimiento de las obligaciones previstas.

Finalmente, la extinción de la persona jurídica se produce, además de por las causas previstas en el acto constitutivo o en los estatutos, cuando el fin haya sido conseguido o resulte imposible su realización. No obstante, en las fundaciones, cuando se den estas circunstancias y también en caso de insuficiencia del patrimonio, la autoridad gubernativa, en lugar de declarar la extinción, puede transformarlas asignándoles otra finalidad que se aleje lo menos posible de la voluntad del fundador (artículo 28 c.c.). Las asociaciones se extinguen, además, cuando faltan todos los asociados (artículo 27 c.c.), por la disolución dispuesta por la asamblea (siendo necesario el voto favorable de, al menos, tres cuartas partes de los asociados), por el vencimiento del eventual término de duración o por la declaración de invalidez del acto constitutivo y la revocación del decreto de reconocimiento,<sup>329</sup> no siendo suficiente, sin embargo, la pérdida de los bienes, porque el

<sup>329</sup> Véase el siguiente capítulo relativo al nuevo sistema de atribución de la personalidad jurídica.

patrimonio se puede reconstituir a través de legados, donaciones, etcétera. La extinción se declara por la autoridad que concede el reconocimiento a instancia de cualquier interesado o también de oficio (artículo 27 c.c.). La persona jurídica declarada extinguida no puede desarrollar ninguna actividad (artículo 29 c.c.) y entra en la fase de liquidación (artículo 30 c.c.). En ella, los liquidadores que han de ser nombrados por la asamblea o elegidos por el presidente del tribunal, proveen a exigir los créditos y a pagar las deudas. Sólo cuando todas las deudas hayan sido saldadas, se produce la verdadera extinción de la asociación. Los bienes de la persona jurídica que queden después de la liquidación se devuelven según las disposiciones establecidas en el acto constitutivo o en los estatutos; a falta de disposiciones o, para las asociaciones, de deliberación de la asamblea que ha establecido la disolución, el Estado devolverá el sobrante a los entes que tengan finalidades análogas (artículos 31 y 32 c.c.).<sup>330</sup>

Respecto a las fundaciones, el artículo 26 c.c. que, junto con el 28 c.c., es uno de los pocos que se refiere en exclusiva a ellas, establece que a la autoridad pública se le reserva el poder de coordinar la actividad de varias fundaciones o bien de unificar su administración respetando, todo lo posible, la voluntad del fundador. Otra de las pocas normas aplicable sólo a las fundaciones es el artículo 25 c.c., que establece una amplia gama de poderes de control que la autoridad gubernativa (o regional, artículo 14, del decreto del presidente de la República, 24 de julio de 1977, núm. 616) puede ejercer sobre el ente con la “evidente finalidad de proteger los intereses y garantizar la efectiva

<sup>330</sup> Para el estudio de la transformación y fusión de las organizaciones colectivas, cuestiones no previstas en el ámbito de la disciplina del libro I c.c. (con la excepción del artículo 28), consultar, De Giorgi, M. V., “Capitolo X. Estinzione, Trasformazione, Fusione”, en Zoppini, A. (coord.), *Diritto Civile, cit.*, pp. 457 y ss. para estas mismas cuestiones, analizadas desde la reforma del derecho societario y su impacto sobre las asociaciones y fundaciones de derecho privado, Zoppini, A. y Maltoni, M., (coords.), “La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit”, *I Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padua, 2007.

destinación del patrimonio al fin requerido por el fundador”.<sup>331</sup> En este sentido, se establece que la autoridad gubernativa tiene el poder de anular las deliberaciones del órgano administrativo que sean contrarias a las normas imperativas, al acto de fundación, al orden público o a las buenas costumbres, no perjudicando dicha anulación los derechos adquiridos por los terceros de buena fe en base a los actos cumplidos en ejecución de las deliberaciones mismas. Además, “puede disolver la administración y nombrar un comisario extraordinario en caso de que los administradores no actúen en conformidad con los estatutos, con el fin de la fundación o con las leyes” (artículo 25 c.c.). Las acciones contra los administradores por hechos que afectan a su responsabilidad, cuyo ejercicio se confía al comisario extraordinario, a los liquidadores o a los nuevos administradores, deben ser realizadas por la autoridad gubernativa (artículo 25 c.c.).<sup>332</sup>

El capítulo III del título II del código civil regula las asociaciones no reconocidas (artículos 36-38 c.c.) y los comités (artículos 39-42 c.c.).

Las asociaciones no reconocidas o asociaciones de hecho son aquellas a las que les falta el reconocimiento estatal, el reconocimiento de la personalidad jurídica, bien porque no lo han solicitado, porque habiéndolo solicitado no lo han obtenido o porque les haya sido sucesivamente revocado.<sup>333</sup>

<sup>331</sup> De Giorgi, M. V., “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, cit., p. 455.

<sup>332</sup> Un estudio más detallado de las fundaciones se puede encontrar en De Giorgi, M. V., “Capitolo IX. Le Fondazioni e i Comitati”, Zoppini, A. (coord.), *Diritto Civile*, cit., pp. 411 y ss.

<sup>333</sup> Galgano, F., “Delle associazioni non riconosciute e dei comitati”, en Scialoja, A. y Branca, G., (coords.), *Commentario del Codice Civile*, cit., p. 104. Junto con esta obra, básica para el estudio profundo de la materia, se pueden también consultar Ponzanelli, G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, Giappichelli, 2000; Rubino, D., *Le associazioni non riconosciute*, Milán, Giuffrè, 1952; Eroli, M., *Le associazioni non riconosciute*, Nápoles, Jovene, 1990; Basile, M., “Gli enti di fatto”, *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, cit., pp. 465-565; Cian, G. y Trabucchi, A., “Delle associazioni non riconosciute e dei comitati”, *Commentario breve al Codice civile*, Padua, CEDAM, 2009, pp. 126 y ss.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico no puede desconocer la realidad de las organizaciones dirigidas a perseguir fines lícitos que existen de hecho y la regla del modo siguiente:<sup>334</sup> ante todo, reconoce eficacia a los acuerdos realizados entre los asociados por lo que concierne al ordenamiento interno, esto es, a las relaciones de los asociados entre sí y a la administración de los bienes (artículo 36 c.c.).<sup>335</sup> El fondo común de la asociación se constituye con las contribuciones de los asociados y los bienes adquiridos con estas contribuciones (artículo 37 c.c.), de modo que todos los asociados son copropietarios de los bienes. No obstante, a diferencia de la comunidad ordinaria en la que cada uno de los partícipes puede pedir la disolución (artículo 1111 c.c.), en el caso examinado, a los particulares asociados les está vedado pedir la división del fondo común, así como reclamar la propia cuota en caso de receso (artículo 37 c.c.), esto es, cuando declaran que no quieren seguir formando parte de la asociación. Se verifica, por tanto, en estas asociaciones el principio de autonomía patrimonial presente en las personas jurídicas, pudiendo distinguirse el patrimonio de la asociación del de los asociados, los cuales se mantienen independientes el uno del otro, de tal forma que los acreedores no pueden hacer valer sus derechos sobre el patrimonio de los asociados sino sobre el fondo común (artículo 38 c.c.) y, del otro lado, los acreedores de los asociados no pueden actuar sobre el fondo común. No obstante, esta autonomía es imperfecta, ya que de las obligaciones asumidas por las personas que representan a la asociación, además de responder

<sup>334</sup> Al contrario de lo que sucede en las asociaciones reconocidas, para la existencia de una asociación no reconocida no se precisa formalidad alguna no siendo necesario, por tanto, ni el acto público, prescrito sólo para conseguir la personalidad jurídica, ni siquiera salvo los casos específicamente disciplinados, un acto privado. Cian, G. y Trabucchi, A., “Delle associazioni non riconosciute e dei comitati”, en *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 127.

<sup>335</sup> Nos encontramos ante contratos o manifestaciones de voluntad negociales que, estando dirigidos a la persecución de fines lícitos, no pueden dejar de tener valor vinculante para las partes. Véase Torrente, A. y Schlesinger, P., *Manuale di Diritto Privato*, Milán, Giuffrè, 2009, p. 156.

el fondo común, responden también personal y solidariamente, aunque de forma accesorio, más no subsidiaria, las personas que han actuado en nombre y por cuenta de la asociación (artículo 38 c.c.). De ahí que el tercero pueda dirigirse contra la persona con la que ha entrado en contacto, con exclusión del beneficio de excusión, porque el grupo queda identificado, principalmente, en la persona de quien exterioriza la actividad. La imposición de tal responsabilidad se justifica porque al faltar en estas asociaciones el reconocimiento, los posibles acreedores no cuentan con la garantía del control preventivo sobre la existencia de los medios necesarios para la realización de la finalidad de la asociación, trámite necesario establecido en el procedimiento para la concesión de la personalidad jurídica, como se verá más tarde.<sup>336</sup>

En las relaciones internas habrá que estar a lo establecido en los pactos por los asociados (artículo 36 c.c.).<sup>337</sup> Las asociaciones no reconocidas tienen atribuida capacidad procesal para actuar en juicio a través de las personas a las que, según los acuerdos de los asociados, se les confiera la presidencia o la dirección de la asociación (artículo 36 c.c. y artículo 75 del Código procesal civil). Esta norma se basa en la ausencia para estas asociaciones de un sistema de publicidad como el existente para las asociaciones reconocidas (artículo 33 c.c.) que pueda proporcionar a los terceros información sobre las personas a las que corresponde la representación procesal de la asociación.<sup>338</sup> Finalmente, en

<sup>336</sup> Para el comentario del artículo 38 c.c. consultar Cian, G. y Trabucchi, A., “Delle associazioni non riconosciute e dei comitati”, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., pp. 130 y 131.

<sup>337</sup> Trabucchi, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, Padua, 2001, p. 120. En efecto, a diferencia de las asociaciones reconocidas en las no reconocidas, “la debilidad de la estructura organizativa deja a los particulares amplios márgenes para regular sobre bases negociales el desarrollo de la actividad y en general las relaciones entre los componentes”. De Giorgi, M. V., “Tra legge e leggenda: la categoria ente nel diritto delle associazioni”, *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, T. I., Giuffrè Editore, 2006, p. 540.

<sup>338</sup> Galgano, F., “Delle associazioni non riconosciute e dei comitati”, Scialoja, A. y Branca, G., (coords.), *Commentario del Codice Civile*, cit., p. 190.

cuanto a la capacidad patrimonial, se dudaba si podían adquirir bienes inmuebles o muebles registrados, pero tras la Ley del 27 de febrero de 1985, núm. 53, que ha modificado los artículos 2659 y 2839 c.c., se admite que puedan poner a su nombre la propiedad inmobiliaria.

La última parte del capítulo III (artículos 39-42 c.c.) está dedicada a regular la disciplina de los comités,<sup>339</sup> que consisten en grupos de personas determinadas que se reúnen para colaborar, con la propia actividad y a veces con medios financieros, a la consecución de una finalidad, generalmente de interés público y, en todo caso, no egoísta, de la que se hacen promotores, tomando la iniciativa.<sup>340</sup> Así, existen comités de socorro o de beneficencia, para los perjudicados, para la erección de un monumento, para

<sup>339</sup> Galgano, F., “Le associazioni. Le fondazioni. I comitati”, en Galgano, F. (coord.), *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padua, CEDAM, 1996; Vacca, B., *Le associazioni non riconosciute e i comitati*, Milán, Giuffrè, 1999.

<sup>340</sup> Ferrara, F., “Le persone giuridiche”, en Vassalli, F. (coord.), *Trattato di Diritto Civile italiano*, cit., pp. 445 y ss.; Trabucchi, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., p. 120. Se discute por la doctrina su naturaleza jurídica, reconduciéndola algunos al concepto de asociación considerado en sentido amplio. Ferrara, F., “Le persone giuridiche”, en Vassalli, F. (coord.), *Trattato di Diritto Civile italiano*, cit., p. 445. Mientras que otros, teniendo en cuenta el puesto de especial relevancia que ocupan en el comité los fondos recogidos y la ajenidad de los intereses perseguidos por sus miembros, tienden a asimilarlo a la fundación, Passarelli, S., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Nápoles, 1957, p. 33; no faltando posiciones eclécticas, como la de Galgano, que combina ambas figuras aplicándolas a su naturaleza: “si la iniciativa asociada de sus miembros parece reconducirle al prototipo de la asociación, la disciplina de los fondos recogidos parece llevarle al esquema de la fundación”. Galgano, F., “Delle associazioni non riconosciute e dei comitati”, en Scialoja, A., y Branca, G., (coords.), *Commentario del Codice Civile*, cit., p. 269. Asimismo, la jurisprudencia fluctúa entre una y otra posición (estima que se deben recurrir por analogía a las normas de la fundación, entre otras, Cass. del 12 de marzo de 1951, núm. 601, y considerando al comité como una entidad de hecho de tipo asociativo, podemos citar, Cass. del 26 de noviembre de 1958) Por ello, Basile se muestra partidario de aplicar la normativa establecida para las diferentes formaciones sociales, verificando la existencia de analogías entre singulares aspectos de éstas y particulares aspectos de los comités; y reenviando, en el caso de que ello resulte imposible a los principios

la organización de muestras, exposiciones, festejos o similares,<sup>341</sup> que se regulan, en defecto de lo establecido en leyes especiales, por los artículos 40-42 c.c. (artículo 39 c.c.).<sup>342</sup>

El comité aspira a la formación de un patrimonio vinculado a la particular finalidad, que se indica en un proyecto. En esto estriba, precisamente, el aspecto más característico de un comité, cuya vida se desarrolla, forzosamente, en dos fases: “en el primer periodo los promotores anuncian al público la finalidad que pretenden conseguir e invitan a efectuar las ofertas; en el segundo los fondos formados con estas ofertas, denominadas por el código *oblaciones*, se destinan a la finalidad anunciada”.<sup>343</sup> El comité se constituye mediante un acuerdo plurilateral, que no requiere ninguna formalidad, estipulado por un grupo de personas llamadas “promotores”.<sup>344</sup> En cuanto a la organización, al igual que sucede en las asociaciones no reconocidas, la elección de las reglas organizativas se confía implícitamente a sus miembros, ya que las normas diseñadas en los artículos 39 y siguientes se refieren únicamente a las relaciones del ente con los terceros. Los fondos se constituyen con las aportaciones de los particulares y quedan responsables (tanto hacia los colaboradores como respecto a los destinatarios de las ofrendas), los

generales del ordenamiento jurídico (artículo 12, disposición preliminar, c.c.). Basile, M., *Gli enti “di fatto”, Trattato di Diritto privato, cit.*, p. 548.

<sup>341</sup> No deja de ser llamativo que el legislador ofrezca una amplia ejemplarización de los fines que puede perseguir un comité, mientras que para las asociaciones y fundaciones guarda silencio sobre este punto.

<sup>342</sup> En la disciplina codicística los comités aparecen regulados como figuras desprovistas de reconocimiento, pero la orientación jurisprudencial es la de considerarles, al igual que a las asociaciones no reconocidas, figuras jurídicas subjetivas titulares de derechos y deberes (entre otras, Cass. del 8 de mayo de 2003, en *Nuova giurisprudenza civile*, 2003, I, 668, con nota de De Giorgi).

<sup>343</sup> De Giorgi, M. V., “Capitolo IX. Le Fondazioni e i Comitati”, en Zoppini, A. (coord.), *Diritto Civile, cit.*, p. 440.

<sup>344</sup> A pesar de que puede interpretarse que el comité se integre por un grupo de personas con una estructura cerrada, a diferencia de la variabilidad y fungibilidad en los componentes que caracteriza a los componentes de las asociaciones, lo cierto es que ninguna norma hay en el código que excluya la posibilidad de ulteriores adhesiones.

organizadores y los que asumen la gestión de los fondos recogidos, personal y solidariamente, de la conservación de los fondos y de su destinación al fin anunciado (artículo 40 c.c.). Junto a esta responsabilidad, puede concurrir también la penal (por apropiación indebida, artículo 646 del Código penal). Si se han asumido obligaciones hacia los terceros, responden personal y solidariamente, los componentes del comité.<sup>345</sup> Los suscriptores sólo están obligados a efectuar las oblaciones prometidas (artículo 41 c.c.). Si los fondos recogidos son insuficientes y el fin no se puede realizar o, logrado el fin, queda un residuo de fondos, sobre la devolución de los bienes (si ésta no ha sido disciplinada en el momento de la constitución), provee la autoridad gubernativa (artículo 42 c.c.). Se entiende en ambos casos que los fondos han de ser devueltos para una finalidad análoga a aquella para la que fueron ofrecidos por los suscriptores.

Finalmente, se reconoce también a los comités capacidad procesal en cuanto que se establece que el comité puede actuar en juicio por medio de la persona del presidente (artículo 41 c.c.). A falta de expresa designación, tal cargo recae en la persona que ocupe la posición jerárquica más alta en el ámbito de la organización.<sup>346</sup>

## II. ASOCIACIONES RECONOCIDAS: EL CAMINO HACIA LA SIMPLIFICACIÓN DE LA ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

En el régimen precedente la intervención del poder público estaba prevista, tanto en la fase de la constitución del ente como en la adquisición de bienes, en pocas y desligadas normas.<sup>347</sup> En la co-

<sup>345</sup> Es notable en este punto la diferencia con las asociaciones reconocidas, ya que en los comités, de la responsabilidad asumida por los órganos representativos en el ejercicio de sus funciones, responden, además del comité con sus propios fondos, todos los componentes del mismo.

<sup>346</sup> Auricchio, A., Voz "Comitati", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1960, t. VII, p. 759.

<sup>347</sup> Recuérdese la dicción del artículo 2o. del c.c. de 1865 que reenvía a las leyes y a los usos "observados como derecho público".

dificación actual, reflejando la ideología de Francesco Ferrara, miembro del Comité Ministerial para la reforma y principal artífice de la misma, se puso de relieve la importancia creativa de la intervención del poder político para la adquisición de la personalidad, diseñándose un procedimiento administrativo que, como subrayó Ferrara es acto de concesión de estatus.<sup>348</sup>

Como se ha puesto de manifiesto, el legislador del 42 estaba dominado por la idea de la necesidad de intervención del poder público como garante, de cara a la colectividad, de la conformidad a las reglas del nuevo sujeto inmerso en el tráfico jurídico.<sup>349</sup> En efecto, la mera existencia de una asociación o fundación, así como de cualquier otra institución, no era suficiente para adquirir la personalidad, sino que se exigía y se exige la constitución del ente según la ley mediante el cumplimiento de ciertos requisitos como: la necesidad de que cada ente persiga ciertos fines, que goce de dotación organizativa y patrimonial y de específicos signos de identificación (denominación, sede, etcétera), lo que responde a la necesidad de que “los entes que aspiran al reconocimiento tengan, en el plano real, una distinta individualidad, esto es, sean fenómenos diversos de los individuos que los componen y de cualquier otro fenómeno con el que puedan ser confundidos”.<sup>350</sup>

Sobre estas premisas, para adquirir la personalidad jurídica, el c.c. —inspirándose en la llamada “teoría de la ficción”— había predispuesto un mecanismo concesorio<sup>351</sup> estableciendo en

<sup>348</sup> Ferrara, F., “Le persone giuridiche”, en Vassalli, F. (coord.), *Trattato di Diritto Civile Italiano*, cit., p. 61.

<sup>349</sup> De Giorgi, M. V., “La riforma del procedimento per l’attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro”, *Studium Iuris*, núm. 5, 2000, p. 499.

<sup>350</sup> Basile, M., “Le persone giuridiche” (con una contribución de De Giorgi, M. V.), en Iudica, G. y Zatti, P. (coords.), *Trattato di Diritto privato*, cit., p. 136.

<sup>351</sup> En el sistema concesorio, el reconocimiento se concede por acto administrativo a cada ente en particular, gozando la autoridad gubernativa de una gran discrecionalidad para valorar la oportunidad de dicho reconocimiento, en contraposición al sistema normativo, en el que la calificación se atribuye por la ley a categorías de entes. Así, en concreto, en el ordenamiento jurídico

el artículo 12 c.c. (en la actualidad totalmente derogado), que las asociaciones, fundaciones y las otras instituciones privadas adquieren personalidad jurídica “mediante reconocimiento concedido con decreto del presidente de la República”, y en el caso de que se trate de entes destinados a ejercitar su actividad en el ámbito de la provincia “el gobierno puede delegar en los prefetti la facultad de reconocerlos con su decreto”.<sup>352</sup>

Por su parte, el decreto del presidente de la República, del 24 de julio de 1997, núm. 616, artículo 14, delegó en las regiones “el ejercicio de las funciones administrativas de los órganos periféricos del Estado concernientes a las personas jurídicas reguladas en el artículo 12 c.c., que operasen exclusivamente las materias contempladas en dicho decreto y cuyas finalidades estatutarias se agoten en el ámbito de una sola región”. De este modo, aunque la Corte Constitucional había defendido el poder exclusivo del Estado para efectuar el reconocimiento, en atención al principio de que el derecho privado constituye una materia sustraída a la competencia regional,<sup>353</sup> se

italiano las sociedades de capital y las cooperativas adquieren la personalidad jurídica con la inscripción en el registro de la empresa (artículos 2331.1, 2464, 2475.2, 2519.2), siendo éste un sistema normativo, en cuanto que la atribución de la personalidad jurídica se consigue automáticamente con el cumplimiento de las formalidades previstas en las leyes. A estos dos sistemas, la carta constitucional ha añadido un tercero para los sindicatos (artículo 39), que prevé que adquieran la personalidad jurídica mediante la inscripción en las oficinas locales o centrales, condicionando la inscripción a que los estatutos del sindicato sancionen un ordenamiento interno de base democrática; sin embargo, este precepto actualmente es letra muerta, pues el legislador ordinario no ha cumplido con la obligación de dictar las normas que regulen la inscripción y que individualicen el órgano propuesto para el control de la democraticidad del ordenamiento interno, por lo que los sindicatos operan en el Ordenamiento jurídico italiano como asociaciones no reconocidas. Gazzoni, F., *Manuale di Diritto privato*, Nápoles, Esi, 2003.

<sup>352</sup> De la necesidad de reconocimiento quedaban exonerados los entes constituidos en época preunitaria, cuando no era necesario un acto formal del Estado para la creación de la persona jurídica, así como los constituidos en el extranjero y dotados de personalidad según su ley nacional.

<sup>353</sup> Corte Costituzionale, 20 de enero de 1997, núm. 38, *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, con nota crítica de Galgano.

le atribuye a la región un poder limitado para la hipótesis de que el ente realice sus objetivos dentro de su restringido ámbito.

Por lo demás, los presupuestos del reconocimiento se precisaban en los artículos 14 y ss. del c.c. y en los artículos 1o. y ss. real decreto 640/1939 (su contenido se transfirió después, con algunas modificaciones, a los artículos 1o. y ss. del real decreto 318/1942, que dictaron las normas de actuación del c.c.).

El procedimiento administrativo para el reconocimiento constaba, en esencia, de los siguientes trámites: se iniciaba con una solicitud “acompañada de la copia auténtica del acto constitutivo, de los estatutos y de los otros documentos que puedan, según las circunstancias, demostrar la finalidad del ente y los medios patrimoniales para proveerle” (artículo 2.1 disposición actualizadora).<sup>354</sup> Dicha solicitud se presentaba al prefetto del lugar donde el ente fijaría su sede (artículos 3.1 y 5 disposición actualizadora), que recogía las oportunas informaciones, oía, cuando se trataba de actos de última voluntad, a los que por sucesión les serían devueltos los bienes dejados a las personas jurídicas y, si no concurría una de las hipótesis en las que se delegaba la facultad de reconocimiento, transmitía la petición al ministerio competente, según la actividad que la persona jurídica fuera a desarrollar (artículo 5.2 disposición actualizadora). Cuando existía delegación en la región, la fase preparatoria se desarrollaba ante la junta regional.

En cuanto a la forma que adoptaba el reconocimiento, como se indicó, el artículo 12 ordenaba que se hiciera a través de decreto del presidente de la República. Sin embargo, la Ley del 12 de enero de 1991, núm. 13, señalando taxativamente los actos administrativos que habían de adoptar dicha forma, no incluía el decreto de concesión de la personalidad jurídica. De esta norma se deduce, que la concesión del reconocimiento correspondía al ministro competente según la actividad que el ente fuera

<sup>354</sup> El reconocimiento de las fundaciones también podía ser concedido de oficio por la autoridad gubernativa (artículo 2.2 disp. act.), después de la denuncia del notario que había intervenido en la estipulación del acto entre vivos o en la publicación del testamento que hubiese dispuesto la fundación (artículo 3 disp. act.).

a desarrollar. Cuando la atribución para el reconocimiento se delegaba en el prefetto era este el que emitía el decreto, y en el caso en el que la competencia correspondiese a la autoridad regional, el presidente de la región manifestaba con decreto el procedimiento de autorización emitido por la junta.<sup>355</sup>

La adopción del sistema concesorio dotaba al acto de reconocimiento de la personalidad jurídica de eficacia positiva y naturaleza discrecional, ya que quedaba subordinado al juicio de su oportunidad, por parte de la administración pública, sobre la finalidad del ente y sobre la suficiencia de los medios patrimoniales (artículo 2o., disposición actualizadora).<sup>356</sup> Por ello, la autori-

<sup>355</sup> No se disponía ninguna norma para regular las relaciones que eventualmente podían surgir en el período de pendencia, cuando el ente estaba en espera del reconocimiento (téngase en cuenta que la exigencia de la reforma del antiguo sistema ha venido motivada, en gran medida, por la excesiva duración del intrincado procedimiento burocrático, que oscilaba entre uno y cuatro años). De ahí que se estimaran aplicables por analogía las normas establecidas para la sociedad de capital en el artículo 2331 c.c., que prevé la responsabilidad ilimitada y solidaria hacia los terceros de los que hayan actuado en nombre de la sociedad antes de la inscripción y en el artículo 2388 c.c., que prevé la responsabilidad también solidaria de los promotores hacia los terceros por las obligaciones asumidas para la constitución de la sociedad, pero también la obligación de la sociedad de relevar a los promotores de tales obligaciones y de reembolsarles los gastos realizados. Por tanto, de las obligaciones contraídas por fundaciones y asociaciones en espera del reconocimiento responderán sólo los que hayan actuado, pero si el procedimiento de constitución se concluía con éxito positivo, la persona jurídica habrá de relevar a los promotores de las obligaciones asumidas por su cuenta y reembolsarles los gastos desembolsados, siempre que sean necesarios y útiles para la constitución. Auricchio, A., Voz "Associazione riconosciuta", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1958, t. III, p. 898; Vittoria, D., "Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma", en Rescigno, P. (coord.), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padua, CEDAM, 1989.

<sup>356</sup> Normalmente, el Consejo de Estado daba un dictamen negativo cuando el patrimonio era insuficiente para la satisfacción del fin, exiguo el número de los asociados, el fin demasiado genérico o bien se realizaba por medio de la actividad de otra persona jurídica, de modo que el reconocimiento se condicionaba a la estabilidad y autonomía del ente y a una suerte de pública relevancia del fin, aunque a veces se atribuyó la personalidad a entes que no tenían fines idóneos, lo que demostraba la sustancial benevolencia del juicio de la autoridad

dad administrativa podría rechazar la solicitud o subordinarla a modificaciones del estatuto del ente, siendo necesario que la denegación fuese motivada<sup>357</sup> y, asimismo, podía revocar el decreto cuando disminuyesen los requisitos de su emanación o cuando se comprobase que las condiciones necesarias para el reconocimiento se consideraban erróneamente subsistentes, lo que comportaba la extinción de la personalidad jurídica o bien, cuando fuese factible, la prosecución de la actividad como ente no reconocido.<sup>358</sup>

El sistema que acabamos de examinar de la atribución de la personalidad jurídica, denominado tradicionalmente concesorio, ha sido, desde hace tiempo, fuertemente criticado en Italia tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia,<sup>359</sup> que postulaban la reforma de las personas jurídicas privadas, del libro I del c.c., y el cambio de este sistema por uno de tipo normativo más ágil y mejor adaptado a la creciente implantación de los entes jurídicos en la sociedad italiana.<sup>360</sup> Los puntos negativos de que adolecía dicho sistema derivaban, esencialmente, de la excesiva lentitud e incertidumbre del procedimiento, lo que originaba situaciones de pendencia en las que no aparecía regulada la impu-

administrativa. De Giorgi, M. V., “Il (criticato) sistema per il riconoscimento degli enti del primo libro c.c.”, *Studium Iuris*, 1997, núms. 7 y 8, p. 705.

<sup>357</sup> *Consiglio di Stato, Sezione IV*, del 9 de noviembre de 1954, núm. 733, *Giurisprudenza Italiana*, 1955, III, p. 104, con nota adhesiva de Guicciardi.

<sup>358</sup> De Giorgi, M. V., “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, cit., p. 326.

<sup>359</sup> Véase por todos Predieri, V. A., “Sull’ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato”, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1969, pp. 1117 y ss; especialmente pp. 1169 y ss; Rescigno, P., “Le fondazioni. Prospettive e linee di riforma”, en Rescigno, P. (coord.), *Le fondazioni in Italia e all’estero*, cit., pp. 467-529.

<sup>360</sup> Aunque se había puesto de manifiesto que la línea divisoria entre uno y otro sistema tenía unos perfiles más teóricos que reales, ya que el sistema normativo se había hecho más rígido por las exigencias de los tribunales en sede de homologación de la sociedad, mientras que el sistema concesorio se había flexibilizado al mostrarse el Consejo de Estado francamente indulgente a la hora de otorgar el reconocimiento a los entes no lucrativos. De Giorgi, M. V., “Il (criticato) sistema per il riconoscimento degli enti del primo libro c.c.”, cit., p. 706.

tación de la actividad jurídica cumplida en nombre y por cuenta del ente constituido, pero todavía no reconocido. Análogas exigencias de velocidad se reclamaban, también, para la modificación del acto constitutivo y de los estatutos que quedaban sometidos a los mismos requisitos establecidos para el reconocimiento (artículo 16 c.c.). A estas deficiencias, observadas en el sistema, se agregaba el alto grado de discrecionalidad atribuido a la administración pública en el proceso que se ejercitaba, sobre todo en el control de los requisitos patrimoniales idóneos para asegurar la responsabilidad limitada inherente al reconocimiento de la personalidad jurídica y en la apreciación “sobre la conveniencia de la finalidad del ente y si era necesario que se juzgase socialmente útil o de relevante utilidad dicha finalidad”.<sup>361</sup>

Ante esta situación, se dicta la Ley núm. 537 del 14 de diciembre de 1993, “Interventi correttivi della finanza pubblica”, con la finalidad, entre otras, de “simplificar y acelerar los procedimientos administrativos” (artículo 2o.), señala, entre los procedimientos, a disciplinar por medio de reglamentos delegados del gobierno (artículo 7.2), el del reconocimiento de las personas jurídicas privadas (artículo 12 c.c.), el de aprobación de la modificación del acto constitutivo y de los estatutos de dichos entes (artículo 16 c.c.) y los procedimientos de autorización de la adquisición de bienes inmuebles por parte de las personas jurídicas (artículo 17 c.c.). Avalándose de esta Ley, el ministro de la Función pública, Sabino Cassese, propuso un esquema de reglamentación, modificando las normas que disciplinaban el reconocimiento de las asociaciones y las fundaciones y, estableciendo, en una primera redacción, que la adquisición de la personalidad se operase mediante inscripción en el registro de la persona jurídica, previa homologación del presidente del tribunal, para pasar, en una segunda fase, a proponer que la competencia quedase en manos de la

<sup>361</sup> Fernández del Moral, L., “Evolución de la personalidad jurídica en Italia”, en Osorio Serrano, M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Granada, Universidad de Granada, 2005, p. 153.

prefettura y de las regiones. Este proyecto fue vetado por el Consejo de Estado aduciendo, entre otras razones, que la Ley núm. 537 del 1993, simplemente había delegado en el gobierno una limitada facultad de simplificar los procedimientos administrativos y no un poder general de incidir sobre su régimen sustancial.<sup>362</sup>

Después del fracaso del proyecto “Cassese”, La Ley núm. 59, del 15 de marzo de 1997 (llamada Bassanini-uno) dispuso que entre los reglamentos previstos en el artículo 20.8 de dicho texto legal, algunos disciplinaran “los procedimientos de reconocimiento de las personas jurídicas privadas, de aprobación de la modificación del acto constitutivo y de los estatutos, de autorización a la adquisición de bienes inmuebles, de la aceptación de actos de liberalidad por parte de las asociaciones y las fundaciones, así como de donaciones o de legados a favor de los entes”. Siguiendo dicho sistema legislativo del recurso al reglamento delegado, aparece el decreto del presidente de la República, del 10 de febrero de 2000, núm. 361, por el que se modifica el procedimiento de atribución de la personalidad jurídica a los entes regulados en el libro I del c.c.<sup>363</sup>

<sup>362</sup> *Consiglio Stato, Sezione III*, del 8 de febrero de 1994, núm. 95, 1994; *Consiglio Stato, adunanza plenaria*, 13 de abril de 1994, núm. 123, 1994, en *Giurisprudenza commentata*, 1995, I, pp. 636 y ss; Lucarelli, A., “Il Consiglio di Stato e la mancata riforma delle persone giuridiche”, *Contratto e impresa*, 1996, núm. 1, pp. 147 y ss.

<sup>363</sup> “Regolamento recante norme per la semplificazione dei precedenti di riconoscimento di persone giuridiche e di approvazione delle modifiche dell’atto costitutivo e dello statuto” (núm. 17 del alegato 1o. de la ley del 15 de marzo de 1997, núm. 59), publicado en la Gazzeta Ufficiale, núm. 286, del 7 de diciembre de 2000 y que entró en vigor el día 22 del mismo mes. El reglamento se ha inspirado, parcialmente, en un proyecto de reforma del reconocimiento de la persona jurídica realizado por una comisión constituida en el *Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro* (CNEL Organismo Consultivo, equivalente al Consejo Económico y Social en España), compuesta por Pietro Rescigno, Sergio Ristuccia y Andrea Zoppini; por el CNEL tomaron parte en los trabajos: Renzo Bonanzi y Amando Sarti. Una versión preliminar del reglamento se presentó al CNEL el 27 de noviembre de 1997 tras un debate en el que participaron, entre otros, María Vita De Giorgi, Francesco Galgano, Marco Ieva, Giovanni

Los principales objetivos que se han intentado conseguir a través de este decreto han sido los de dotar de mayor agilidad al sistema de reconocimiento previsto en el artículo 12 c.c. mediante su simplificación, así como puntualizar los requisitos que condicionan dicho reconocimiento, por lo que en estos aspectos la nueva regulación es sumamente laudable; sin embargo, se ha criticado la fórmula legislativa elegida para llevar a cabo la reforma alegando que el recurso al reglamento delegado no es la vía más idónea “para incidir sobre núcleos cruciales de la disciplina de las personas jurídicas”.<sup>364</sup>

En definitiva, la nueva disciplina ha supuesto un giro copernicano en la regulación de la adquisición de la personalidad jurídica por parte de los entes privados regulados en el libro I del título II del c.c. y ha comportado la derogación de una serie de normas de dicho cuerpo legal: artículo 12 (que regulaba el procedimiento de atribución de la personalidad jurídica); artículo 16.3 (relativo a la modificación del acto constitutivo y de los estatutos); artículo 27.3 (atinente a la extinción de la persona jurídica); artículos 33-35 —este último limitado a las palabras “de los artículos 33 y 34, en el término y según la modalidad establecida por las normas de actuación del código”— comprensivos del registro de las personas jurídicas y el artículo 34, de las disposiciones penales aplicables a los administradores); además de los artículos 1o., 2o., 4o., 10 y 22-30 de las disposiciones de actuación del c.c. (artículo 11, del decreto del presidente de la República, núm. 361).

Conforme a la nueva regulación, la disciplina ha quedado rediseñada de la siguiente manera:<sup>365</sup> el procedimiento, entera-

Iudica, Sergio Lariccia, Nicolò Lipari, Alberto Luccarelli, Mario Nuzzo y Giulio Ponzanelli.

<sup>364</sup> De Giorgi, M. V., “La riforma del procedimento per l’attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro”, *cit.*, pp. 500 y 501. Recordemos, en este sentido, que ya el Consejo de Estado había manifestado que la llamada *delegificazione* había debido limitarse a la simplificación del procedimiento administrativo, sin innovar la disciplina sustancial.

<sup>365</sup> Para un estudio en profundidad de la materia se pueden consultar, entre otros: De Giorgi, M. V., “La riforma del procedimento per l’attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro c.c.”, *Le Nuove Leggi Civili*

mente detallado en el artículo 1o., se inicia con la presentación de la solicitud ante la prefettura de la provincia en la que se haya establecida la sede del ente, suscrita por el fundador o bien por las personas a las que se les ha conferido la representación del ente, adjuntando copia auténtica del acto constitutivo y de los estatutos, así como de los documentos que demuestren la idoneidad del patrimonio para la realización del fin propuesto. Presupuestos para acceder al reconocimiento son: la observancia de las condiciones previstas en las leyes o en los reglamentos para la constitución del ente, que el fin sea posible y lícito y que el patrimonio resulte adecuado a la realización del fin, requisito este último que se tiene que acreditar mediante documentación adjunta a la solicitud.<sup>366</sup> Dentro del término de los 120 días siguientes al de la presentación (que queda consignado mediante el recibo que la prefettura expide en dicho momento), el prefetto provee a la inscripción, o bien comunica a los peticionarios las razones obstativas a la personificación o la necesidad de integrar la documentación presentada, pudiendo los solicitantes, en los sucesivos 30 días, presentar memorias y documentos y, si en el ulterior término de 30 días no se les comunica la denegación motivada o bien no se provee a la inscripción, ésta se entiende denegada. Si, por el contrario, se cumplen todos los requisitos y

*Commentate*, 2000, núm. 361, pp. 1322 y ss.; Ambrosi, I., “Verso una semplificazione della disciplina delle persone giuridiche, delle associazioni, delle fondazioni e degli enti non riconosciuti”, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2000, núm. 192, pp. 1202 y ss.; Gamba, A.: “Nuovo regolamento per il riconoscimento delle persone giuridiche private”, *Enti non profit*, 2001, núm. 1, pp. 39 y ss.; Liscella, G., “Il nuovo procedimento de acquisto della personalità giuridica degli enti senza scopo di lucro: prime riflessioni”, *Rassegna di diritto civile*, 2001, núm. 2, pp. 295 y ss.; Zoppini, A., “Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche”, *Corriere Giuridico*, 2001, núm. 3, pp. 294 y ss.

<sup>366</sup> Su exigencia está plenamente justificada si se tiene en cuenta que, además de proveer a la consecución del fin propuesto por la asociación, el patrimonio desempeña la importante misión de servir de garantía a los legítimos derechos de los acreedores. De Giorgi, M. V., “Capitolo VIII. Le associazioni”, Zoppini, A (coord.), *Diritto Civile*, cit., p. 378.

se procede a la inscripción en el registro de las personas jurídicas, instituido en las *prefetture*, las asociaciones, las fundaciones y las otras instituciones de carácter privado adquieren la personalidad jurídica.<sup>367</sup>

En comparación con el sistema seguido en el régimen precedente las novedades más notables consisten en la desaparición del decreto de concesión para la atribución de la personalidad jurídica, que ahora se obtiene por medio de la inscripción en el registro de las personas jurídicas a la que se dota, por tanto, de eficacia constitutiva, además de conservar los tradicionales efectos de publicidad y transferencia a los *prefetti*, de la competencia para llevar a cabo la inscripción de los organismos que lo soliciten, que con anterioridad estaba atribuida a la autoridad judicial (artículo 22 disposición actualizadora),<sup>368</sup> conservándose el registro de las personas jurídicas en las *prefetture*. Además, hay que tener en cuenta que se suprimen algunas fases del procedimiento anterior, en concreto ya no se exige el dictamen favorable del Consejo de Estado ni, lógicamente,

<sup>367</sup> “El reconocimiento de las fundaciones instituidas por testamento puede ser concedido por el *prefetto*, de oficio, en caso de injustificada inercia del sujeto habilitado para la presentación de la solicitud” (artículo 1.7 decreto del presidente de la república. 2000, núm. 361). Lo que no contempla el decreto es quiénes son las personas obligadas a promover la inscripción, pero se puede presumir que se aplica el régimen anterior, aunque esté contenido en ciertas disposiciones de actuación actualmente derogadas: la obligación de requerir la inscripción recaía sobre los administradores y liquidadores (artículo 27.1 disp. act., derogado) y podía ser pedida por todos los que habían realizado la instancia para el reconocimiento (artículo 28.1 disp. act., derogado) y, también, por el ministerio público en el tribunal donde se llevaba el registro (artículos 33.3 c. c.; 28.2 disp. act., actualmente derogados). Sin embargo, deja a salvo las sanciones administrativas que se establecían para los administradores y liquidadores cuando no requiriesen la inscripción (artículo 35 c. c.).

<sup>368</sup> De Giorgi explica que en este aspecto se han seguido las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros tendentes a la adopción de medidas dirigidas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales, evitando que les sean atribuidas funciones no jurisdiccionales. De Giorgi, M. V., “La riforma del procedimento per l’attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro c. c.”, *cit.*, pp. 1321 y ss.

la publicación del decreto de reconocimiento en la Gazzeta Ufficiale de la República y se fijan plazos más breves para los actos que lo componen. La introducción de términos más restringidos responde a la necesidad de asegurar la uniformidad de los vencimientos del procedimiento dentro de los que la prefettura está obligada a proveer, en observancia a los principios de certeza, coherencia y celeridad de los procedimientos administrativos.<sup>369</sup>

Se suscita el problema práctico que se puede presentar en caso de silencio, es decir, cuando transcurren los 120 días prefijados y el preffeto no procede a inscribir ni alega, en su caso, las razones obstativas que impiden la misma, ya que la norma no establece nada al respecto. La doctrina opina que calificar el silencio como incumplimiento implica imponer al ente la carga de llevar a cabo la intimidación a la administración, notificada por medio de un oficial judicial y, transcurridos 30 días sin obtener respuesta alguna, impugnar nuevamente el silencio con la posibilidad de que se nombre un comisario ad acta.<sup>370</sup> De este modo, se pone de manifiesto que “la aspiración a la rapidez del iter del reconocimiento corre el riesgo de quedarse en una utopía: no es regulando exclusivamente el procedimiento y fijando breves términos como se resuelve el problema de la tempestividad de la acción administrativa, sino mejorando la organización”.<sup>371</sup>

Lo que sí queda claro es que permanecen a salvo, en todo caso, las eventuales sanciones, por responsabilidad disciplinaria,

<sup>369</sup> *Ibidem*, p. 1330.

<sup>370</sup> Zoppini, A., “Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche”, *cit.*, p. 296; De Giorgi señala que la alternativa de configurar el silencio como denegación no resuelve el problema ya que también en este caso habría que acudir a la vía jurisdiccional, así como que el proyecto originario estaba fundado sobre el principio del silencio-consentimiento de modo que, transcurrido el plazo sin procederse a la inscripción y sin que se realizara tampoco la oportuna comunicación, los interesados podían pedir, dentro de los 30 días sucesivos, la inscripción en el registro de las personas jurídicas. DE Giorgi, M. V., “La riforma del procedimento per l’attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro c.c.”, *cit.*, pp. 1330 y 1331.

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 1331.

a los funcionarios correspondientes y, en su caso, el resarcimiento del daño y las correspondientes consecuencias de carácter penal.

Otro de los puntos débiles del nuevo sistema consiste en el poder atribuido a la prefettura de verificar, mediante el examen de la documentación presentada, el cumplimiento de los requisitos exigidos para poder inscribir o, en su caso, la apreciación de la concurrencia de razones obstaculizadoras que impidan la misma. Entre ellas se pueden incluir, presumiblemente, la inobservancia de preceptos legales o la insuficiencia del patrimonio en relación a la finalidad propuesta, lo que implica realizar un juicio de valor relativo al contenido del acto de constitución. Dicha circunstancia ha llevado, a parte de la doctrina, a mostrar sus reservas con respecto a la verdadera novedad del sistema, llegando a ver en él vestigios del procedimiento concesorio, dada la amplia discrecionalidad, sin previsión de límites, otorgada a las prefetture en estas apreciaciones.<sup>372</sup> Con mayor precisión, la profesora Fernández del Moral aduce que el papel desempeñado por el prefetto en el nuevo sistema es, fundamentalmente, de tipo homologatorio, con independencia de que el control sobre el acto de constitución se pueda calificar como de legitimidad formal o de legalidad sustancial, ya que, en ningún caso, se puede extender a “un juicio sobre la oportunidad o la relevancia del fin del ente, como sucedía antes de la reforma”, y concluye afirmando que, en definitiva, el nuevo sistema es el reflejo de una clara voluntad política superadora del anterior de tipo concesorio.<sup>373</sup>

El decreto se muestra conservador con respecto a las competencias ya atribuidas a la región en cuanto al reconocimiento

<sup>372</sup> Véase por todos Ambrosi, I., “Verso una semplificazione della disciplina delle persone giuridiche, delle associazioni, delle fondazioni e degli enti non riconosciuti”, *cit.*, p. 1215.

<sup>373</sup> Fernández del Moral, L., “Evolución de la personalidad jurídica en Italia”, en Osorio Serrano, M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, *cit.*, p.155. Véase también Basile, M., “Le persone giuridiche” (con una contribución de De Giorgi, M. V.), en Iudica, G. y Zatti, P. (coord.), *Trattato di Diritto privato*, *cit.*, pp. 164 y ss.

(artículo 7o.),<sup>374</sup> lo que con un carácter más general se revalida en el artículo 5o. que, con el título de descentramiento administrativo, establece: “1. Las funciones administrativas ya atribuidas a la autoridad gubernativa por las normas del capítulo II, título II, libro I del c. c., son ejercitadas por la prefettura o bien por las regiones o provincias autónomas competentes”.

Como lógica consecuencia de la reforma operada para atribuir el reconocimiento de la personalidad jurídica, el artículo 2o. del decreto del presidente de la República, 2000, núm. 360, previene que a las mismas modalidades y términos previstos para la adquisición de la personalidad jurídica del artículo 1o., queda sometida la aprobación de las modificaciones del acto constitutivo y de los estatutos.

Los artículos 3o. y 4o. del decreto se ocupan del registro de las personas jurídicas y de la inscripción que se ha elevado a la categoría de constitutiva, pues se impone como requisito indispensable para acceder a la adquisición de la personalidad jurídica (artículo 1.1 decreto del presidente de la República), abandonándose el sistema anterior en que tenía el valor de mera publicidad declarativa, si bien se penalizaba la falta de inscripción haciendo responsables a los administradores de una persona jurídica no registrada, pero reconocida, personal y solidariamente, conjuntamente con la persona jurídica, de las obligaciones asumidas (artículo 33 c. c., ahora derogado) y, asimismo, se les imponían ciertas sanciones administrativas (artículo 35 c. c., parcialmente derogado). Por lo demás, la nueva normativa, en este punto concreto de la inscripción y del registro, reproduce prácticamente la anterior: las inscripciones se efectuaban y continuarán efectuándose en el registro del lugar de

<sup>374</sup> Por lo tanto, según el párrafo primero de este artículo, el reconocimiento de los entes que operan en las materias atribuidas a la competencia de las regiones por el artículo 14 del decreto del presidente de la República, del 24 de julio de 1997, núm. 616, cuyas finalidades estatutarias se agoten en el ámbito de una sola región, está determinado por la inscripción en el registro de las personas jurídicas, instituido en la región misma. Por su parte, el párrafo tercero dispone: 3. “Las Regiones con estatuto especial y las Provincias de Trento y de Bolzano proveerán a adecuar sus respectivos ordenamientos”.

la provincia donde el ente tenga su sede, con la notable innovación, como dijimos, de que la competencia de la autoridad judicial en orden a la llevanza del registro se traslada a la *prefettura*, o bien a la región o provincia autónoma competente (artículo 8o., del decreto del presidente de la República).<sup>375</sup> El objeto de la inscripción, permanece inalterado con respecto al régimen anterior: la inscripción de la persona jurídica con la sola indicación de su denominación (en la parte general del registro) y la de los demás hechos atinentes a la misma (en la parte analítica): fecha del acto constitutivo, denominación, fin, patrimonio, etcétera, manteniéndose, asimismo, las sanciones para los administradores que no soliciten la inscripción en los términos y según las modalidades previstas en el reglamento (artículo 8o., del decreto del presidente de la República). Una novedad es la introducida en el último inciso del artículo 3o., con la incorporación de medios telemáticos.

Finalmente, para la extinción de la persona jurídica, el artículo 6o. del decreto del presidente de la República dispone que corresponde a la *prefettura*, a la región o bien a la provincia autónoma competente, y no a la autoridad gubernativa, como sucedía en el régimen anterior, comprobar, a instancias de cualquier interesado o también de oficio, si concurre alguna de las causas de extinción previstas en el artículo 27 c. c. y comunicar la declaración a los administradores o al presidente del Tribunal —que aquí sí mantiene sus funciones— para que procedan a nombrar a uno o más comisarios liquidadores (artículo 11 disposición actualizadora c.

<sup>375</sup> El artículo, entre otras cosas, dispone: “1. (...) Toda referencia a la competencia de la autoridad judicial en el tema de adquisición de la personalidad jurídica, de llevanza del registro de las personas jurídicas y de inscripción en el mismo, se entiende hecha a la *prefettura* o bien a la región o provincia autónoma competentes”. Por esto, se ha destacado que la verdadera novedad en el aspecto registral es el establecer un ulterior registro de la persona jurídica en la región y provincia autónoma competente, en lugar del único originario llevado por el tribunal, advirtiendo del riesgo de confusión que con esta pluralidad de registros se puede originar, a menos que se provea de un buen sistema informático. De Giorgi, M. V., “La riforma del procedimento per l’attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro c.c.”, *cit.*, p. 505.

c.). Asimismo, el presidente del Tribunal continúa siendo la autoridad competente para comunicar a la oficina correspondiente, una vez que haya finalizado el procedimiento de liquidación, la consiguiente cancelación del ente en el registro de las personas jurídicas (artículo 6.2 decreto del presidente de la República).

### III. ASOCIACIONES NO RECONOCIDAS: LA RUPTURA ENTRE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Cuando la asociación adquiere la personalidad jurídica se producen una serie de consecuencias, fundamentalmente de índole patrimonial, que marcan la diferencia entre las asociaciones reconocidas y las que no tienen dicho reconocimiento.<sup>376</sup> No obstante, hay que señalar, ya desde un principio, que la línea diferencial entre ambas se ha ido difuminando como consecuencia de las últimas reformas legislativas llevadas a cabo en el derecho positivo italiano, a impulsos de la doctrina y de la jurisprudencia, hasta el punto de que hoy en día no existe una neta separación, en cuanto a los efectos, entre una y otra figura.

En este sentido, hay que comenzar diciendo que se ha producido una notable liberalización en las adquisiciones por parte de los entes privados, que ha culminado con la derogación de los artículos 17 c.c., 600 c.c., 782.4 c.c. y 786 c.c., lo que ha producido un cambio considerable en la regulación de las personas jurídicas privadas del libro I del c.c., tal y como la concibió el legislador italiano del 42.

Los orígenes históricos de las férreas autorizaciones que para adquirir bienes se les exigían a los entes sin fines de lucro, en el derecho italiano, se remontan al Siglo XVII, con el proceso de reforma que se lleva a cabo en muchos de los Estados preunitarios

<sup>376</sup> Ya se explicó que la falta de personalidad de estos entes puede tener su origen en tres causas: que no se haya solicitado el reconocimiento; que a pesar de requerido no se haya obtenido o, que una vez alcanzado, haya sido revocado.

tendente a limitar los privilegios e inmunidad de la iglesia y a frenar la expansión de las “manos muertas” eclesiásticas y laicales. Se aducían para ello razones de política económica: remover los obstáculos a la libre circulación de los bienes y al disfrute de bienes económicos, y de política fiscal: evitar la reducción que en las entradas estatales derivadas de los tributos suponía la inmovilización de aquellos, así como, finalmente, la decidida voluntad política del naciente Estado liberal de afirmar su propia supremacía “en relación con las organizaciones eclesiásticas de las que la gran parte de las personas jurídico privadas eran expresión”.<sup>377</sup>

Legislativamente, la necesidad del consentimiento regio para las adquisiciones y para aceptar legados y donaciones se contempla, por primera vez, en la ley sarda, llamada Ley Siccardi del 5 de junio de 1850, núm. 1037, —que toma su nombre del entonces ministro de Gracia y Justicia, Giuseppe Siccardi, que fue su proponente y que se ha considerado vigente en el ordenamiento jurídico italiano hasta su derogación por la Ley núm. 127, de 1997—. Dicha Ley en su único artículo ordenaba que para adquirir “bienes estables” o aceptar “donaciones entre vivos” y “disposiciones testamentarias” por parte “de los establecimientos y cuerpos morales sean eclesiásticos o laicos” era necesario “ser autorizado para ello con regio decreto, previo el dictamen del Consejo de Estado”. A raíz de la extensión de la ley a todo el territorio nacional, se promulga el reglamento de ejecución (Real Decreto, del 26 de junio de 1864, núm. 1817), que establece la obligación de oír, cuando se trate de actos de última voluntad, a los que les sería devuelta la sucesión —disposición que se estableció con la evidente finalidad de tutelar a los herederos legítimos—. Esta disciplina fue respetada en el Código civil de 1865<sup>378</sup>

<sup>377</sup> Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 24. Para el examen del desarrollo histórico del instituto consultar también De Giorgi, M. V., “Associazione riconosciute e fondazione: la disciplina comune”, en Iudica, G.; Zatti, P. (coords.), *Trattato di Diritto privato*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 344 y ss.

<sup>378</sup> En particular, el artículo 932.1 estableció la necesidad de la autorización del gobierno acordada en la forma establecida por las leyes especiales para

y sucesivamente integrada con referencia a las adquisiciones de las provincias, de los municipios y de las instituciones públicas de beneficencia, por la ley del 21 de junio de 1896, núm. 218, también derogada por la Ley del 15 de mayo de 1997, núm. 127.

Sin importar las razones que motivaron la introducción del control administrativo en las adquisiciones, a título oneroso y lucrativo, de los cuerpos morales: prevención del fenómeno de la “mano muerta”, tutela del patrimonio del ente,<sup>379</sup> la protección de los derechos de los herederos legítimos y, en el caso de actos de liberalidad, la tutela del destino de los bienes dado por el donante, Se consideraron válidas por los compiladores del Código civil, que en el artículo 17 confirmaron la necesidad de la autorización al disponer: “La persona jurídica no puede adquirir bienes inmuebles, ni aceptar donaciones, o herencias, ni conseguir legados sin la autorización gubernativa. Sin esta autorización, la adquisición y la aceptación no tienen efectos”.

En contraste con el régimen diseñado para las sociedades lucrativas en el libro V del Código civil, a los entes sin finalidad lucrativa se les sometía a una severa disciplina que se plasmaba en el procedimiento para la adquisición de la personalidad jurídica<sup>380</sup> y en la intensidad de los controles sobre la actividad nego-

aceptar las herencias dispuestas a favor de los cuerpos morales y, en modo análogo, se pronunciaba el artículo 1060 con respecto a las donaciones.

<sup>379</sup> En este sentido, el artículo 2o. del Reglamento para la Ejecución de la Ley de 1896, impuso a los entes públicos (municipios, provincias e instituciones públicas de beneficencia), la prueba de la “conveniencia de la adquisición”, prueba que con posterioridad se extendió a las personas jurídicas privadas y fue definitivamente consagrada en el artículo 5.1 disposiciones de actuación c. c. Esta función tutora del control estaba orientada, no tanto hacia los intereses particulares del ente en llevar a cabo adquisiciones dirigidas a realizar sus propios fines institucionales, sino, más bien, a salvaguardar los públicos intereses de la tutela del crédito, ya que en el caso de personas jurídicas reconocidas, su patrimonio constituye la única garantía para los acreedores. Galgano, F., “Delle persone giuridiche”, en Scialoja, A., y Branca, G., (coord.), *Commentario del Codice Civile*, cit., pp. 244 y ss.

<sup>380</sup> Véase lo expuesto *supra* con respecto a los sistemas concesorios y normativos. De Giorgi explica: “la rapidez del procedimiento previsto para la socie-

cial del ente. El trato privilegiado reservado para las sociedades y el trato de disfavor otorgado a los cuerpos jurídicos intermedios se hizo insostenible con la publicación de la carta constitucional italiana que, en su artículo 2o., reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre y, por tanto, de las organizaciones sociales explicativas de la personalidad humana, con independencia de las formas jurídicas adoptadas por las mismas.<sup>381</sup> Ello hizo que la doctrina reaccionara y, ya desde los primeros momentos, manifestara su abierta disconformidad con los posicionamientos legislativos referidos al poder autorizante establecido para la válida adquisición de los bienes por parte de las personas jurídicas.<sup>382</sup>

dad es expresión del favor que el legislador ha reservado a las organizaciones con finalidad lucrativa; una orientación que tiene sus raíces en las ideologías que caracterizaron los orígenes del Estado moderno, liberal con respecto a las iniciativas económicas de los particulares, desconfiado hacia los movimientos organizativos de opinión, susceptibles de traducirse en centros de poder político. De Giorgi, M. V., “Le persone giuridiche. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, en Iudica, G., Zatti, P. (coords.), *Trattato di Diritto privato*, Milán, Giuffrè, 2003, p. 320.

<sup>381</sup> Rescigno, P., “Associazioni e fondazioni: note a margine di un progetto di riforma” en Minervini, G. et al., *Impresa e mercato, scritti in onore di Gustavo Minerivini*, vol. I, Napoli, Morano, 1996, pp. 250 y ss. Para un comentario del artículo 2o. de la Constitución italiana V. Perlingieri, P., Messinetti, R., “Commento all’articolo 2”, en Perlingieri, P.; Baletti, S., *Commento alla Costituzione italiana*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

<sup>382</sup> Bolaffi, R., “L’autorizzazione per gli acquisti delle persone giuridiche in una proposta di riforma”, *Rivista Notarile*, 1961, pp. 868 y ss.; Predieri, V. A., “Proposte per una nuova disciplina delle Fondazioni e degli istituti privati di cultura in Italia”, en *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali. Atti del Convegno internazionale promosso dall’Istituto accademico di Roma, dalla Fondazione Giorgio Cini e dalla Fondazione Adriano Olivetti. Roma, 12-13-14 maggio 1966*, Roma, 1967, pp. 165 y ss. que llegó a afirmar, en este ensayo, que el instituto en cuestión era “un arcaico resto, casi patético” y VITTORIA sintetizando este movimiento crítico, concluye: “La literatura en el tema del artículo 17 es generalmente la crónica de una muerte anunciada; anunciada por un coro de críticas -sobre todo en la doctrina- que comienza a hacerse sentir en la década de los 60 y eleva siempre el tono hasta nuestros días”. Vittoria, D., “L’abrogazione dell’articolo 17 c. c.: l’incidenza sull’assetto normativo degli enti del I libro del codice civile”, *Contratto e impresa*, 1998, núm. 1, p. 315.

Al fundamento constitucional se añadieron razones de evolución histórica y, sobre todo, legislativas, que hacían muy difícil el mantenimiento de la autorización para las adquisiciones de bienes por los entes privados, cuyo procedimiento administrativo, por otro lado, se prolongaba tanto en el tiempo que, la mayoría de las veces, conducía a efectos radicalmente opuestos a aquellos que pretendía conseguir. En efecto, la excesiva duración hacía que los bienes objeto del contrato quedasen en una situación de incertidumbre, a todas luces perjudicial para la conservación y el mejor empleo del patrimonio.<sup>383</sup>

Sin embargo, sobre todo en los últimos años, se ha denunciado, no tanto el control en sí, considerado incluso beneficioso como medio para conseguir la tutela de los destinatarios de la actividad del ente, sino la excesiva lentitud del procedimiento autorizativo.<sup>384</sup>

<sup>383</sup> Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, op.cit., p. 31. Esta misma autora sintetiza la labor de demolición, por parte de la doctrina, de las razones históricas, políticas y jurídicas que en un primer momento justificaron la introducción de la norma, explicando que con el devenir de los años habían perdido su sentido: la transformación de las estructuras productivas que habían hecho perder actualidad a las manos muertas; la perfecta individualización de los herederos en el Código civil con la introducción de la cuota de reserva, por lo que establecer ulteriores límites a la capacidad de disponer llevaría al absurdo de permitir la disposición sin trabas de donaciones y legados a favor de los particulares, pero no de los entes morales y ni siquiera resultaba ya convincente la función de la tutela del crédito, pues si ésta hubiera sido la finalidad perseguida por el legislador, habría extendido la autorización también a las enajenaciones. *Ibidem*, pp. 30 y ss.

<sup>384</sup> Vittoria que consideraba que la norma desplegaba una función de protección de los particulares en las formaciones intermedias. Vittoria, D., “Gli acquisti delle persone giuridiche e gli attuali limiti di applicazione dell’articolo 17 c.c.”, *Contratto e impresa*, 1987, núm. 3, p. 835. Por su parte, el Consejo de Estado, al rechazar el proyecto Cassese, ya mencionado, señaló que la autorización tenía también la virtualidad de evitar fenómenos de acumulación de patrimonio de dudosa proveniencia o de reciclaje proveniente del crimen (*Giurip. Comm.*, 1995, I. pp. 636 y ss.). Quaranta se muestra crítica con esta tesis al estimar que el problema del empleo de capitales ilícitos se solventa, sobre todo, en el plano de las adquisiciones mobiliarias y de las transacciones financieras, más que en el de las adquisiciones inmobiliarias, proponiendo como medios para la represión del reciclaje, los oportunos controles contables

Por estas razones, el “esquema de reglamento” para la reforma de la persona jurídica del primer libro del Código civil, promovido en 1994 por el ministro Cassese, en su segunda versión estableció, entre otras normas, que “las adquisiciones de bienes inmuebles, la aceptación de herencias o la consecución de legados debían ser comunicadas a la prefettura competente”. Transcurridos 30 días sin que hubiera recaído una disposición de denegación motivada, la adquisición y la aceptación se harían eficaces. Como sabemos, el proyecto Cassese no prosperó, por lo que, con independencia del mismo, en el ordenamiento jurídico italiano han aparecido otras disposiciones tendentes a lograr una agilización del procedimiento autorizante,<sup>385</sup> hasta llegar, a la también mencionada, Ley del 15 de marzo de 1997, núm. 59 (Bassanini-uno), en la que se prevé que entre los reglamentos previstos en el artículo 20.8 de la misma Ley algunos proveyeran a disciplinar “los procedimientos de reconocimiento de la persona jurídica privada, de aprobación de modificación del acto constitutivo y de los estatutos, de autorización a la adquisición de bienes inmuebles, a la aceptación de actos de liberalidad por parte de asociaciones y fundaciones, así como de donaciones o legados a favor de los entes” (artículo 1.17).

Un par de meses después, de forma totalmente inesperada,<sup>386</sup> la ley del 15 de mayo de 1997, núm. 127 (Bassanini-bis), que dicta “Medidas urgentes para la agilización de la actividad administrativa

y determinadas reglas de publicidad. Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, cit., p. 36.

<sup>385</sup> La circular del 2 de octubre de 1992, núm. 160 de la división de asuntos especiales, resaltó la necesidad de abreviar los tiempos de los procedimientos de autorización y de reconocimiento, estableciendo instrucciones aplicativas; el decreto del presidente de la República del 9 de mayo de 1994, núm. 407, fijó en 300 días el plazo dentro del que, en ausencia de expreso rechazo, la petición de autorización, *ex* artículo 17, debía considerarse admitida.

<sup>386</sup> Se debe recordar que la modificación del procedimiento para el reconocimiento de la personalidad jurídica no se realizó hasta el 2000, cuando se promulga el decreto del presidente de la República, núm. 361, del 10 de febrero. Salvando la diferencia temporal, la evolución legislativa de uno y otro proceso ha sido paralela; en un caso (procedimiento administrativo para el reconocimiento) ha desembocado en la modificación, mientras que el procedimiento autorizante del artículo 17

y de los procedimientos de decisión y de control”,<sup>387</sup> ha previsto, entre un cúmulo de disposiciones, la norma (artículo 13) que deroga, además del artículo 17 c.c. y la Ley del 21 de junio de 1896, núm. 218, todas las disposiciones relativas a los controles sobre las adquisiciones por parte de las personas jurídicas.<sup>388</sup>

La reforma, aunque esperada desde hace tiempo, no ha dejado de levantar críticas entre los autores que muestran su disconformidad (sobre todo, con el modo en que se ha llevado a cabo, en una de las acostumbradas “legge-contenitore”), con la radical supresión del instituto que ha implicado una importante modificación en la disciplina general de las personas jurídicas.<sup>389</sup>

Con la desaparición del artículo 17 del c. c., que no se aplicaba a los entes no dotados de reconocimiento,<sup>390</sup> se ha produ-

c. c. ha sido totalmente derogado, medida ésta prevista en el último momento, ya que en la primera formulación se contempló también la mera modificación.

<sup>387</sup> *Gazzeta Ufficiale*, núm. 113, supl. ord. núm. 98/ley del 17 de mayo de 1997.

<sup>388</sup> La Ley del 16 de junio de 1998, núm. 191 (Bassanini-ter, publicada en la *Gazzeta Ufficiale*, núm. 142, del 20 de junio de 1998), extendió el efecto derogatorio también a las disposiciones que prescribieran autorizaciones para las enajenaciones de bienes inmuebles por parte de las personas jurídicas, proclamándose el Consejo de Estado (Informe del Consejo de Estado del 20 de junio de 2001, núm. 533/01, *Foro it.*, 2002, III, c. 369 y ss.), en el sentido de confirmar esta derogación.

<sup>389</sup> Diversos estudios ha suscitado esta derogación por lo que sólo citaremos los siguientes: De Giorgi, M. V., “L’abrogazione dell’articolo 17 del Codice civile (Acquisto di immobili e accettazione di donazioni, eredità e legati da parte delle persone giuridiche) ex artículo 13, L. 15 maggio 1997, núm. 127 (c.d. Bassaninibis)”, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1997, Fascicolo 6, pp. 1303-1317; Ponzanelli, G., “Abrogazione dell’articolo 17 c.c.: verso una riforma degli enti non profit”, *Corriere Giuridico*, 1997 núm. 7, pp. 841 y ss. y, sobre todo, la magnífica obra de Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, *op.cit.*, que, además de realizar un profundo estudio sobre la materia, diseña, en el último capítulo (capítulo IV), una serie de controles alternativos —r contables, de publicidad, etcétera— sobre el patrimonio de los entes non profit (En el mismo sentido de establecer nuevas formas de control en lugar de la contemplada en el derogado artículo 17 del c.c., se pronuncia Basile, M., “Le persone giuridiche”, (con una contribución de De Giorgi, M.V.), en Iudica, G.; Zatti, P. (coord.), *Trattato di Diritto Privato*, *cit.*, pp. 241 y ss.).

<sup>390</sup> De Giorgi delimitaba su ámbito de aplicación explicando que, además de las personas jurídicas no reconocidas, también quedaban excluidas de su régimen

cido un gran avance en el movimiento aproximativo de dichos entes hacia los que gozan de reconocimiento. La justificación de esta exclusión, bajo la vigencia del régimen anterior, se encontraba en el sistema de responsabilidad personal y solidaria impuesto por el c.c. a todos los que actúan en nombre de las asociaciones no reconocidas (artículo 38 c. c.), lo que dejaba sin sentido una de las razones considerada como fundamental en la implantación de esta institución: la tutela del crédito.<sup>391</sup>

A pesar de no ser personas jurídicas, a los entes de hecho se les reconoce la posibilidad de atribución directa de la titularidad en las relaciones de contenido patrimonial, tanto de bienes muebles como inmuebles. Con respecto a los inmuebles, dicha posibilidad ha sido afirmada desde hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia,<sup>392</sup> y confirmada después de que el artículo 1o. de la Ley del 27 de febrero de 1985, núm. 52, reformando el

las adquisiciones de bienes inmuebles realizadas en subastas efectuadas a cargo de un deudor de la persona jurídica (artículo 6o. disposiciones de actuación, implícitamente derogado por el artículo 13, Ley núm. 127 de 1997); las adquisiciones a título originario de bienes inmuebles *ex* artículos 934-937 o por efecto de la usucapción ordinaria (artículos 1158, 1160, 1161 todos del c.c.), así como las adquisiciones consideradas necesarias —como la producida a consecuencia del ejercicio del rescate en la venta o por devolución en la enfiteusis—, De Giorgi, M. V., “L’abrogazione dell’articolo 17 del Codice civile (Acquisto di immobili e accettazione di donazioni, eredità e legati da parte delle persone giuridiche) *ex* artículo 13, L. 15 maggio 1997, núm. 127 (c.d. Bassanini-bis)”, *cit.*, p. 1308 y nota 28. Por su parte, Quaranta explica que la obra de redimensionamiento del ámbito de aplicación del instituto en examen, surtió el efecto de persuadir al legislador para introducir derogaciones en la disciplina codicística, exonerando a determinadas categorías de entes del control del artículo 17 c.c., y expone una serie de disposiciones normativas que existían en tal sentido (por ejemplo, el artículo 8.1 de la ley del 8 de noviembre de 1986, núm. 752, que excluía su aplicación con referencia a las asociaciones de productores agrícolas). Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, *cit.*, pp. 41 y ss.

<sup>391</sup> Galgano, F., “Delle persone giuridiche”, en Scialoja, A. y Branca, G., (coords.), *Commentario del Codice Civile*, *cit.*, p.115.

<sup>392</sup> En particular véase Galgano, F., “Delle associazioni non riconosciute e dei comitati”, en Scialoja, A. y Branca, G. (coords.), *Commentario del Codice Civile*, *cit.*, pp. 200 y ss.; Cass. 8 de agosto 1959, núm. 2500, *Giustizia civile*, 1959, I, pp. 2127 y ss.; Cass. del 10 junio 1981, núm. 3773, *Foro italiano*, 1983, I, pp. 1996 y ss.

artículo 2659.1 del c.c., contemplase la posibilidad de transcribir directamente a favor de las asociaciones no reconocidas (y se estima que también de los comités), las adquisiciones de bienes inmuebles.<sup>393</sup> En relación a los bienes muebles, se razona que la atribución de la titularidad directa sobre los mismos, deriva del artículo 37 c. c., que, a propósito de los bienes con cuya adquisición se incrementa el fondo común, no distingue entre bienes muebles o inmuebles.<sup>394</sup>

No obstante, subsistía para los entes de hecho y, por tanto, para las asociaciones no reconocidas, una incisiva forma de control sobre las adquisiciones que más fácilmente corrían el riesgo de conducir a la acumulación de medios patrimoniales superfluos para la persecución de su finalidad y, en consecuencia, se prescribía que las disposiciones testamentarias y donaciones establecidas a su favor no surtieran efecto si dentro del año siguiente al día en el que el testamento o la donación eran exigibles no se solicitaba el reconocimiento (artículos 600 y 786 c. c.). Las tres normas (artículos 17, 600 y 786 del c. c.) estaban, así, estrechamente relacionadas e “inspiradas en la misma exigencia de evitar un excesivo cúmulo de recursos económicos en el patrimonio de los entes que persiguen fines no productivos”. De este modo, si bien para los actos a título oneroso los entes no reconocidos gozaban de un especial trato de favor por el legislador (al no que-

<sup>393</sup> Cass., 23 junio 1994, núm. 6032, en Nuova giurisprudenza civile commentata, 1995, I, pp. 27 y ss., con nota de Basile, M.: “Comitati, duraturi e acceramento della titolarità degli acquisti immobiliari del loro componente”. La sentencia extiende expresamente la aplicabilidad del artículo 2659 del c.c. a los comités no reconocidos.

<sup>394</sup> De Giorgi, M. V., “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, cit., p. 350. Para el estudio de esta cuestión se pueden consultar: Mariconda, G., “L’acquisto immobiliare delle associazioni non riconosciute”, *Rivista di Diritto Civile*, 1987, II, pp. 13 y ss.; Vittoria, D., “Può una associazione non riconosciuta costituire una fondazione per compiere acquisti gratuiti?”, *Diritto e Giurisprudenza*, 1996, núm. 1, pp. 16 y ss.; Azzarro, A. M., “Capacità immobiliare del comitato”, *Vita notarile*, 1995, pp. 926 y ss.

dar sujetos a la autorización del artículo 17 c. c.), no sucedía lo mismo para la adquisición de liberalidades en que se les sometía a una incapacidad que sólo podía cesar con el reconocimiento.<sup>395</sup>

Liberalizadas las adquisiciones para los entes reconocidos (con la supresión del artículo 17 del c. c.), la doctrina puso de manifiesto, una vez más, la “molesta incongruencia” originada por la permanencia de disposiciones que causaban un injustificado tratamiento desfavorable hacia los entes de hecho.<sup>396</sup> También en esta ocasión el legislador reaccionó ante tales críticas con la promulgación de la Ley del 22 de junio de 2000, núm. 192,<sup>397</sup> que en su artículo 1 ha modificado el texto del artículo 13 de la Ley núm. 127, de 1997 —aunque confirma la derogación del poder autorizante—, estableciendo expresamente la derogación de los artículos 600 y 786 c. c., así como de todas las otras disposiciones que prescriban “el reconocimiento o autorización para la adquisición de inmuebles o para la aceptación de donaciones, herencias o legados por parte de las asociaciones, fundaciones o de cualquier otro ente no reconocido” y, asimismo, extiende la aplicación del artículo 473 c. c. —imposición a las personas jurídicas de la aceptación de herencias, con beneficio de inventario— a los

<sup>395</sup> De Giorgi, M. V., “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, cit., p. 351; Rescigno, P., *Persona e comunità: saggi di diritto privato*, Padua, CEDAM, 1987, p. 300. Además, hay que tener en cuenta que la incapacidad para las adquisiciones a título gratuito por parte de las asociaciones no reconocidas estaba también sancionada en el artículo 37 del c.c., según el cual sólo los bienes adquiridos con las contribuciones de los asociados, y por ello a título oneroso, constituyen el fondo común.

<sup>396</sup> De Giorgi, M. V., “L’abrogazione dell’articolo 17 del Codice civile (Acquisto di immobili e accettazione di donazioni, eredità e legati da parte delle persone giuridiche) ex artículo 13, L. 15 maggio 1997, núm. 127 (c. d. Bassanini-bis)”, cit., p. 1313 y ss; Basile, M., *Gli enti “di fatto”*, *Trattato di Diritto privato*, cit., p. 530.

<sup>397</sup> Con anterioridad, en el texto del proyecto de la ya mencionada Ley núm. 191 de 1998 (Bassanini-ter), aprobado por la Cámara de los Diputados 4229B, se contempló ya la derogación de los artículos 600 y 786 c.c. y añadir la frase “también no reconocidas”, después de las palabras “personas jurídicas, asociaciones y fundaciones”, pero tales referencias fueron eliminadas.

entes no reconocidos.<sup>398</sup> Finalmente, la misma disposición legislativa ha establecido expresamente la derogación del artículo 782.4 c.c., que disponía la irrevocabilidad, por un año, de la declaración del donante con respecto a las donaciones realizadas a favor de las personas jurídicas después de que se les hubiese notificado la petición dirigida a obtener la autorización gubernativa.<sup>399</sup>

A través de todas estas reformas legislativas, las contempladas en este punto como en el anterior, se ha hecho realidad la aspiración doctrinal y jurisprudencial de borrar, prácticamente, la distinción existente entre las asociaciones reconocidas y las que no gozan de personificación, hasta el punto de que algún autor ha augurado que, a pesar de la simplificación operada en el procedimiento administrativo para obtener el reconocimiento, es previsible que muchas organizaciones continúen renunciando al mismo, regulándose por la disciplina establecida en el c.c. para los entes de hecho (asociaciones no reconocidas y comités).<sup>400</sup>

<sup>398</sup> Fernández del Moral, L., “Evolución de la personalidad jurídica en Italia”, en Osorio Serrano, M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, cit., p. 152. Entre la abundante bibliografía que se ha producido a raíz de esta reforma sobresalen: Carnevali, U., “L’abrogazione degli articolo 600, 782 ultimo comma e 786 del Codice Civile”, *I Contratti*, 2000, fascicolo 8 e 9, p. 761; De Giorgi, M.V., “L’abrogazione degli artt. 600 e 786 c.c. e la modifica dell’articolo 473 c.c. (come rielaborare il codice attraverso la ‘Bassanini-bis’)”, *Studium Iuris*, 2000, núm. 11, pp. 190 y ss.; Ambrosi, I., “Verso una semplificazione della disciplina delle persone giuridiche, delle associazioni, delle fondazioni e degli enti non riconosciuti”, cit., pp. 1202 y ss.; Ponzanelli, G., “Abrogati gli artt. 600 e 786 c.c.”, *Corriere giuridico*, 2000, núm. 10, pp. 1190 y ss.; Civiterale, S., “Associazioni e partiti liberi di ricevere donazioni e lasciti senza autorizzazione. Caduti i vincoli, piena equiparazione alle persone giuridiche”, *Diritto e Giustizia*, Fascicolo 30, 2000, pp. 21 y ss.

<sup>399</sup> Con respecto a la limitación contenida en el artículo 37 c.c., tras la entrada en vigor de la ley que reforma la disciplina de las adquisiciones, Ley núm. 192 de 2000, se impone un replanteamiento de la norma para adaptarla a la nueva normativa. Vittoria, D., “L’abrogazione dell’articolo 17 c.c.: l’incidenza sull’assetto normativo degli enti del I libro del codice civile”, cit., p. 331; Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, cit., p. 114.

<sup>400</sup> De Giorgi, M. V., “La riforma del procedimento per l’attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro c.c.”, cit., p. 1324.

Lo que sí ha quedado claro con el nuevo régimen, es que en el ordenamiento jurídico italiano se ha producido una abierta fractura entre la subjetividad jurídica (capacidad para ser centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas activas y pasivas) y la personalidad jurídica, situación que se ha visto reforzada, particularmente, con las llamadas leyes-incentivos (como se verá en el punto 4 de este trabajo), por lo que se puede afirmar que en la actualidad todos los entes son considerados sujetos de derecho estén o no personificados, lo que está en sintonía con las directrices constitucionales de procurar a las personas jurídicas el goce de la máxima libertad.<sup>401</sup>

No obstante, la anterior afirmación no debe llevarnos a estimar que existe una total equiparación entre las asociaciones reconocidas y las que no gozan del reconocimiento, pues aún subsisten diferencias en el diverso alcance de la autonomía patrimonial, sólo perfecta en las primeras, esto determina una desigual extensión de la responsabilidad de los que han actuado en nombre y por cuenta del ente.

En efecto, la adquisición de la personalidad jurídica continúa surtiendo efecto, para las asociaciones que la obtienen, les dota de un régimen de plena autonomía patrimonial, de forma que el patrimonio del ente se distingue, claramente, de el de los asociados, administradores y o cualquier otro sujeto. Esto da como consecuencia que los acreedores de la asociación nunca podrán dirigirse contra los bienes de los asociados, de los administradores o bien de los beneficiarios de la actividad del ente, ni siquiera

<sup>401</sup> Dicho planteamiento no sirve para las fundaciones de hecho no contempladas en el c.c. que, entre los entes de hecho, sólo regula las asociaciones no reconocidas y los comités (artículos 36-42 c.c.), de modo que el ordenamiento no ha previsto para aquéllas la posibilidad de obrar sin reconocimiento ya que “la tendencial inmutabilidad del vínculo del destino, impreso sobre los bienes, ha inducido al legislador moderno a excluir que ligámenes semejantes se puedan constituir libremente por voluntad privada, y a limitar los casos y las formas de constitución”. De Giorgi, M., “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, *Trattato di Diritto privato, persone e famiglia*, cit., p. 427 y para el estudio de las fundaciones de hecho, pp. 440 y ss.

cuando éste último sea insolvente. En consecuencia, en las asociaciones reconocidas todos los miembros gozan del beneficio de la responsabilidad limitada,<sup>402</sup> mientras que en las asociaciones de hecho, se somete a las personas que han actuado en nombre y por cuenta de la asociación a una responsabilidad personal y solidaria, aunque subsidiaria, por las obligaciones asumidas (artículo 38 c. c.). Es decir, los acreedores deben dirigirse, en primer lugar, hacia el fondo común formado por las cuotas de los asociados y por las sucesivas adquisiciones realizadas por los mismos pero, en su defecto, responderán las personas mencionadas y no los socios como tales,<sup>403</sup> en la forma indicada. El distinto régimen establecido se justifica por la ausencia, para las asociaciones no reconocidas, de un adecuado sistema de publicidad como la inscripción establecida para los entes reconocidos, que permita a los acreedores acceder al conocimiento del patrimonio asociativo.

En definitiva, esta distinta técnica de responsabilidad civil,<sup>404</sup> limitada —para las asociaciones reconocidas—, ilimitada, aunque matizada con la nota de la subsidiariedad y de la circunscripción personal a los que hayan actuado en nombre y por cuenta de la asociación, para las asociaciones no reconocidas, constituye el único

<sup>402</sup> La irresponsabilidad de los particulares en estas asociaciones, la compensa la responsabilidad establecida para los administradores, tanto al ente como a terceros, por los daños causados, violando los deberes inherentes a su cargo (artículo 18 c.c.).

<sup>403</sup> Por ello “la correlación entre la personalidad jurídica del grupo y la responsabilidad limitada aparece todavía más evidente en el tema de los comités (...), en el que la responsabilidad limitada se extiende a todos los miembros del comité (y no sólo a los sujetos que han actuado en nombre y por cuenta del mismo)”. Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, cit., p. 121.

<sup>404</sup> En el tema de la responsabilidad, aunque ahora atribuida inversamente a la persona jurídica, y en el ámbito penal, se ha producido una importante reforma con la entrada en vigor del decreto legislativo del 8 de junio de 2001, núm. 231, que extiende a los entes colectivos —en ciertos casos y bajo determinadas condiciones— la directa responsabilidad administrativa por los hechos ilícitos que sean consecuencia de los delitos cometidos en interés de los mismos, por las personas físicas que actúen en nombre de dichos entes. Sobre la moderna tendencia a la expansión de la responsabilidad de los entes véase, Basile, M., “Le persone giuridiche” (con una contribución de De Giorgi, M. V.), en Iudica, G. y Zatti, P. (coords.), *Trattato di Diritto privato*, cit., pp. 362 y ss.

punto diferencial que actualmente separa el régimen de uno y otro tipo de ente.<sup>405</sup>

Las consideraciones en torno a los distintos tipos de responsabilidad de las asociaciones en sus relaciones externas cobran especial vigor a la luz de los últimos movimientos legislativos, encaminados a reconocer, cada vez más, capacidad negocial a dichos entes. Asistimos, en efecto, a la superación de antiguos planteamientos conforme a los que las sociedades eran las únicas personas jurídicas contempladas por el ordenamiento para el ejercicio de la actividad de empresa, de modo que una asociación que tuviese sólo actividad económica debía ser calificada como sociedad de hecho y sometida a la disciplina del libro V del código civil (que contiene la regulación del estatuto de los empresarios individuales y colectivos). Actualmente, por el contrario, se constata la idoneidad para desarrollar actividades comerciales por parte de los entes sin finalidad de lucro, dada la tendencial neutralidad de la forma asociativa respecto a los contenidos económicos que les posibilita la realización de actividades empresariales, siempre que los eventuales beneficios conseguidos no se distribuyan entre sus miembros ni tampoco disfruten de otras ventajas patrimoniales, ya que es en la falta de lucro subjetivo y no en su objetiva producción donde reside la diferencia entre los entes del I y los del libro V del código civil.<sup>406</sup>

<sup>405</sup> De Giorgi, M. V., “Capitolo VIII. Le Associazioni”, Zoppini, A. (coord.), *Diritto Civile, cit.*, pp. 406 y ss. Galgano, F., *Trattato di Diritto Civile, cit.*, pp. 231 y ss.

<sup>406</sup> Morandi, P., “La fallibilità degli enti non profit”, *Contratto e impresa*, 1998, núm.1, p. 339. El principal problema que se suscita en este ámbito es saber cuáles son las condiciones que determinan que el ente adquiera la calificación de empresario, ya que en este caso quedaría sometido al correspondiente estatuto: inscripción en el registro de la empresa, obligación de llevar libros de contabilidad y, sobre todo, la sujeción a la quiebra y a los demás procedimientos concursales. La jurisprudencia estima, aplicando la regla sancionada para los entes públicos en el artículo 2201 c.c., que sólo adquieren tal condición los entes que ejerciten la actividad de empresa en forma exclusiva o prevalente (Cass., 18 de septiembre de 1993, núm. 9589, *Foro italiano*, 1994, I. c. 3503 ss., con nota de Patanè, G.: *Brevi nota in tema di fallimento di associazione non riconosciuta*). La doctrina más reciente sostiene, por el contrario, que la cualidad de empresario comercial se les aplicaría aunque desarrollaran la actividad de empresa de forma meramente accesorio o marginal.

El fenómeno en cuestión se está incrementando últimamente debido a la toma de conciencia del papel que el tercer sector está llamado a desempeñar en la gestión de los servicios sociales como instrumento especialmente idóneo para contrarrestar la ineficacia del aparato público.<sup>407</sup> No obstante, se han hecho advertencias de los riesgos que comporta el régimen de “inmunidad” establecido para estos entes al no quedar sometidos a los controles previstos para las sociedades sobre el balance del ejercicio, así como sobre el capital y la actividad de los administradores, lo que ha inducido a una reciente decisión jurisprudencial a excluir el beneficio de la limitación de responsabilidad, inherente a la personalidad jurídica, a un ente del libro primero ejerciente de una actividad empresarial, señalando que la personalidad se atribuye en función de una “finalidad moral” y no para desarrollar actividades económicas.<sup>408</sup>

Campobasso, G.F. “Associazione e attività d’impresa”, *Rivista di Diritto Civile*, 1994, núm. 2, pp. 581 y ss.; Ponzanelli, G., “Fondazioni, non profit e attività d’impresa: un decennio di successi”, *Rivista di diritto privato*, 1999, Fascicolo 2, pp. 185 y ss.; Fusaro, A., “Per un diritto delle associazioni nel terzo millennio”, *Rivista di diritto privato*, 2002, núm. 2, pp. 287 y ss. Finalmente, la circular del Ministerio del Interior del 23 de febrero de 2001, explicativa del decreto del presidente de la república. núm. 361 de 2000, ha confirmado que quedan excluidos de la obligación de inscripción en el registro de la empresa aquellos entes que ejerciten “actividades de tipo empresarial para la consecución de fines institucionales, siempre que tal actividad tenga carácter instrumental y no sea prevalente”.

<sup>407</sup> Mención especial merecen, en este sentido, las fundaciones que aparecen como figuras especialmente pujantes en el campo de las actividades económicas desarrollando funciones singularmente relevantes como es el caso de las fundaciones bancarias, las cajas de previsión social y la hipótesis, cada vez más difundida de la fundación titular de una empresa, ya sea con finalidad meramente instrumental o constituyendo la actividad empresarial la finalidad principal de la fundación. Véase Fernández del Moral, L., “Evolución de la personalidad jurídica en Italia”, en Osorio Serrano, M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, cit., pp. 159 y ss., con abundante bibliografía sobre la materia, en nota 16.

<sup>408</sup> T. Milano, 17 de junio de 1994, en *Foro italiano*, 1994, I, c. 3544, nota de Ponzanelli, también comentada por Galgano, F., “Molti opponibili obiter dicta per una buona ratio decidendi”, *Contratto e impresa*, 1994, núm. 3, pp. 1045 y ss.

Por otro lado, la actividad de empresa puede tener una relación mediata con los fines de la asociación, cuando se ejerce con el genérico intento de procurarse los medios patrimoniales necesarios, pero también puede estar directamente conectada con los fines institucionales del ente (por ejemplo una asociación política o científica que desarrolle una actividad editorial). Incluso, sucede a veces que el ente se vale<sup>409</sup> de sociedades a latere para el desarrollo de su actividad económica, cuyas acciones o cuotas son detentadas en todo o en parte por la asociación o sus fiduciarios, en cuyo caso, si la actividad empresarial se ejerce por la sociedad en nombre propio, sólo a ella le será aplicable el estatuto empresarial con el consecuente sometimiento a la quiebra.

La posibilidad de ejercitar actividades comerciales en forma empresarial, admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia,<sup>410</sup> ha sido elevada a rango legal en virtud del decreto legislativo de 24 de marzo de 2006, núm. 155,<sup>411</sup> que regula aquellas formas empresariales dirigidas a conjugar la actividad de producción de bienes y servicios con los valores de solidaridad social templando, como afirma la relación de acompañamiento “la rígida dicotomía, actualmente prevista en el c.c., entre los entes del libro I y los del libro V”.<sup>412</sup>

<sup>409</sup> De Giorgi, M. V., “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, *Trattato di Diritto privato, persone e famiglia*, cit., pp. 387 y ss. Entre la abundante literatura existente sobre el tema, además de los citados, se pueden señalar: Galgano, F., “Delle associazioni non riconosciute e dei comitati”, *Commentario del Codice Civile*, cit., p. 84 y ss. y del mismo autor “Le associazioni. Le fondazioni. I comitati”, *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, cit., pp. 23 y ss; Ragusa Maggiore, G., “L’impresa nell’associazione, nella fondazione e nella cooperativa”, *Vita notarile*, 1981, pp. 421 y ss.; Napoleoni, V., “Il fallimento delle associazioni non riconosciute”, *Il fallimento*, 1994, pp. 156 y ss.; Barba, A., *Associazione, fondazione e titolarità d’impresa*, Nápoles, Jovene, 1996.

<sup>410</sup> Zoppini, A., “Problemi e prospettivi per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato”, *Rivista di Diritto Civile*, 2005, II, pp. 365 y ss.

<sup>411</sup> *Disciplina dell’impresa sociale, a norma della legge* del 13 de junio de 2005, n. 118. Publicado en la *Gazzetta Ufficiale* núm. 97, del 27 de abril de 2006.

<sup>412</sup> Un comentario detallado del mencionado decreto se encuentra en De Giorgi, M. V. (coord.), *La nuova disciplina dell’impresa sociale*, Padua, CEDAM, 2007.

En efecto, a tenor del artículo 1o. del decreto legislativo que acabamos de mencionar, “pueden adquirir la calificación de empresa social todas las organizaciones privadas, comprendidos los entes del libro V del código civil”, que reúnan los requisitos de los artículos 2o., 3o. y 4o. del decreto y que “ejerciten en vía estable o principal una actividad económica organizada al fin de la producción o del cambio de bienes o servicios de utilidad social, dirigida a realizar finalidades de interés general”. A favor de esta normativa se puede afirmar que el legislador ha previsto en ella una nueva especie de actividad empresarial, diseñando con precisión los entes destinados a acoger la empresa social. No obstante, la disposición no ha sido acogida favorablemente por el tercer sector cuyos portavoces han lamentado que hayan sido eliminados del texto definitivo los beneficios fiscales. Por esta razón y teniendo en cuenta que la posibilidad de elegir la modalidad de la empresa social es facultativa (en el sentido de que el ente puede optar por el ejercicio de la actividad empresarial según el marco de la legislación precedente), se duda “que las organizaciones non proflir decidan sujetarse a un régimen que impone nuevas reglas, sin presentar, salvo la sucesiva introducción de disposiciones de favor, ningún provecho particular”.<sup>413</sup>

#### IV. ECLOSIÓN DE LAS LEGISLACIONES ESPECIALES: CONSAGRACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE ASOCIACIONES Y ASOCIACIONES PROTEGIDAS

Como es sabido, el tradicional modelo social de las sociedades occidentales cimentado sobre un sector asistencial público primordial y otro privado relegado a una función meramente supletoria, ha entrado definitivamente en crisis.<sup>414</sup>

<sup>413</sup> Para el argumento véase, De Giorgi, M. V., “Capitolo XI. La legislazione speciale”, Zoppini, A (coord.), *Diritto Civile, cit.*, pp. 406 y ss. Galgano, F., *Trattato di Diritto Civile, cit.*, pp. 491 y ss.

<sup>414</sup> Alleva, F., *I confini giuridici del Terzo Settore italiano*, Padua, Ediesse, 2004, pp. 13 y ss. El autor disecciona las causas de la recesión exponiendo las teorías que

En esta situación y ante los emergentes problemas sociales, en los últimos 30 años han proliferado las organizaciones del llamado tercer sector<sup>415</sup> (non profit), que se pueden definir, en términos generales, como entes jurídicos colectivos caracterizados por dos requisitos fundamentales: la naturaleza privatista o prevalentemente privatista que les distingue del ente público, disciplinado por el derecho administrativo, y el hecho de poseer una estructura y dinámica similar a la del ente societario, del que se distinguen por la finalidad moral o ideal, ya que aún en el caso de que el ente non profit obtenga un provecho económico, no puede nunca distribuirlo. Bajo estas premisas, la existencia de dicho tipo de entes requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) formalidad en la constitución (al menos mediante un documento privado que acredite su existencia); 2) naturaleza jurídico-privada; 3) autogobierno democrático; 4) prohibición de distribución de beneficios; 5) presencia de una cierta cantidad de trabajadores voluntarios como prueba de la naturaleza ideal y altruista.<sup>416</sup>

Son muy variadas las clasificaciones que se han intentado en este ámbito: la tradicional clasificación de la common law, como se sabe países del origen de la tipología normativa de las non profit organisation, distingue entre entes que tienen por finalidad la

han motivado la crisis del *welfare state*: la primera explica el fracaso de la asistencia social pública por razones inherentes al mismo Estado burocrático, lento y complicado incapaz de resolver ágilmente las concretas exigencias de cada ciudadano que demande asistencia. Según otra doctrina se debe contemplar el fracaso de la asistencia dada por la empresa de capital clásica, que excluye a una gran parte de la población de la prestación de sus propios servicios, por obvias finalidades especulativas, aunque la dificultad también puede provenir de los propios usuarios al comparar los varios entes oferentes sobre la base del clásico criterio calidad-precio.

<sup>415</sup> Término de origen francés acuñado por un grupo de estudios, presidido por Jacques Delors, utilizado para designar, en la literatura económica, “aque- llos sectores de la economía donde operan organizaciones de naturaleza priva- da dirigidos a la producción y distribución de bienes y servicios de solidaridad colectiva sin fines especulativos”. *Ibidem*, p. 16, nota 7.

<sup>416</sup> Requisitos establecidos por la Internacional Classification of Non Profit Organisation.

satisfacción de las necesidades sociales de los propios asociados (*members service* o *mutual benefit*) y entes que persiguen un interés de relevancia colectiva (*public service*). Por su parte, la doctrina jurídica italiana ha ensayado diversas clasificaciones, por lo que sólo incidiremos en las más recientes. En la segunda mitad de los años 90, parte de dicha doctrina concentraba la clasificación en la función social desarrollada por el ente colectivo non profit, es decir, sobre la actividad y sobre los fines, con el propósito de realizar una diversificación entre la normativa civilista y la tributaria.<sup>417</sup> En tiempos recientísimos, bajo el perfil estrechamente comercial, otra doctrina<sup>418</sup> individualiza los entes del tercer sector que ejercitan en vía principal la actividad económica de empresa (las fundaciones bancarias, las cooperativas sociales, la Ipab, las fundaciones líricas) de aquellos que conciben dicha actividad sólo en vía instrumental (asociaciones de promoción social, los entes religiosos, las ONGs, las asociaciones deportivas, los entes líricos) o marginal (asociaciones de voluntariado) prescindiendo, si es necesario, del principio de economicidad de la actividad productiva, entendido como “la abstracta idoneidad para cubrir los costes de producción”, según ha establecido la doctrina más moderna.<sup>419</sup> Por su parte, el decreto legislativo 155/2006, sobre la empresa social, prevé que el ejercicio de la actividad empresarial sea efectuada “en vía estable y principal”.

En cuanto a las señas de identidad que la regulación positiva ha dado a tales entes, (en contraposición a la normativa codicística de la persona jurídica dominada por la idea del control público, con total abstracción de la naturaleza de la actividad ejercida y de la finalidad perseguida), en las leyes especiales los elementos

<sup>417</sup> Bianca, C. M., “Non profit organizations”, *Vita notarile*, 1997, I, pp. 41 y ss.; Ponzanelli, G., “Gli enti collettivi senza scopo di lucro nell’attesa della riforma”, *Giurisprudenza Commentata*, 1995, Fascicolo 4, pp. 520 y ss.

<sup>418</sup> Schiano di Pepe, G., “Esercizio metaindividuale dell’impresa: nuove prospettive”, *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2003, pp. 273 y ss.

<sup>419</sup> Galgano, F., *Diritto commerciale*, Bologna, Zanichelli, 2002, t. I, p.12.

calificadores de los entes sometidos a su regulación son, precisamente, los fines y la actividad de utilidad social de la organización —que el legislador detalla con minuciosa precisión—<sup>420</sup>. De este modo, y en virtud de la libertad de asociación sancionada en la Constitución italiana, han podido florecer dichos sujetos privados que, ostentando una especial relevancia para el ordenamiento jurídico en atención, precisamente, a los fines que persiguen, son titulares de una esfera de autonomía garantizada frente a los poderes públicos, al legislador y a la autoridad administrativa.<sup>421</sup> Por el contrario, el régimen de privilegios, eventualmente concedidos, no requiere nunca el estatus de persona jurídica,<sup>422</sup> sino la existencia de otros requisitos como la representatividad y la difusión en el territorio. Además, tal normativa impone, como contrapartida a las ventajas e incentivos que concede, ciertas obligaciones que limitan la autonomía privada del ente y de sus adherentes, así como precisas formalidades para la redacción del acto constitutivo, conminándoles a insertar particulares cláusulas en los estatutos y especiales regímenes de publicidad y de controles. Si se trata de un ente con estructura asociativa, debe, también, informar el propio ordenamiento interno con arreglo a criterios democráticos, insertando en los estatutos cláusulas que garanticen la efectividad de la relación asociativa y modalidades de desarrollo de la vida en común inspiradas en el método de-

<sup>420</sup> En tal sentido: Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, cit., p. 20; De Giorgi, M. V., “Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 3, 1999, pp. 297 y ss.

<sup>421</sup> Para el estudio de este argumento en extenso véase Leondini, G., *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione, Profili costituzionalistici*, Padua, CEDAM, 1998, t. I; Leondini, G., *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione, Profili amministrativistici*, Padua, CEDAM, 1999, t. II.

<sup>422</sup> En efecto, el legislador ha prescindido totalmente, en este sector, del reconocimiento de la personalidad jurídica como instrumento necesario a la hora de seleccionar a los entes idóneos para colaborar con las instituciones públicas en la persecución de finalidades de utilidad social. Véase por todos: Napolitano, G., “Le associazioni private a rilievo pubblicistico”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, núm. 4, 1994, p. 622.

mocrático.<sup>423</sup> Se puede decir, que el centro de gravedad para los entes del Tercer sector italiano se desplaza de la atribución de la personalidad jurídica codicística al cumplimiento de las exigencias solicitadas en las leyes incentivo, establecidas con la finalidad de salvaguardar otros valores constitucionalmente relevantes.<sup>424</sup>

De este modo, en los últimos años, superadas las antiguas concepciones que miraban con recelo la formación de un ente moral como un fenómeno a combatir, en el ordenamiento jurídico italiano se ha producido una contundente eliminación de los poderes autorizantes relativos a las adquisiciones gratuitas y a las inmobiliarias, que son las que comportaban mayor injerencia sobre la actividad de las personas jurídicas. Por el contrario, en la órbita de las leyes incentivo se han funcionalizado los controles para los organismos que persigan fines, desarrollen programas o asuman iniciativas de interés general, con el claro objetivo de garantizar la posesión de los requisitos necesarios para gozar de los beneficios previstos a su favor, la calidad de los servicios y en atención, también, a la correcta gestión de los recursos o medios patrimoniales de proveniencia pública o colectiva. En este sentido, las nuevas formas de control se refieren a ciertas prescripciones encaminadas a perseguir la transparencia contable,<sup>425</sup> las obligaciones de publicidad en los correspondien-

<sup>423</sup> De Giorgi, M. V., “Capitolo VII, Fonti della disciplina”, en Zoppini, A. (coord.), *Diritto Civile, cit.*, pp. 364 y ss.

<sup>424</sup> Leondini, G., ponencia en D. Carusi, D. (coord.), *Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate* (Convegno di studi in onore di Pietro Rescigno. Atti del Convegno, Gardone Riviera 23-24 giugno 2000), Milano, Giuffrè, 2001, p. 29. El volumen recoge los actos del Convenio de estudios en honor de Pietro Rescigno, celebrados en Gardone Riviera el 23 y 24 de junio de 2000.

<sup>425</sup> Por ejemplo, el artículo 3.3 y el artículo 6.7 de la Ley núm. 266 de 1991 imponen a las organizaciones de voluntariado, respectivamente, la obligación de formación del balance, en el que se deben reflejar los bienes, las contribuciones o los legados recibidos, así como la modalidad de la aprobación de los mismos por parte de la asamblea de los adherentes, y la obligación de conservación de la documentación relativa a las entradas, con la indicación nominativa de los sujetos beneficiarios; el artículo 3 h) de la Ley núm. 383 del 2000 establece que en los estatutos de las asociaciones de promoción social debe insertarse la obligación de rendición

tes registros,<sup>426</sup> los controles administrativos sobre la actividad ejercitada,<sup>427</sup> las medidas encaminadas a acentuar la democracia interna<sup>428</sup> y otras similares, habiéndose instituido, con decreto del presidente del Consejo de Ministros, del 26 de septiembre de 2000, una Agencia de control (llamada Auhority) para las organizaciones de utilidad social, que “ejercita los poderes de dirección, promoción, vigilancia e inspección para la uniforme y correcta observancia de la disciplina legislativa y reglamentaria en lo que concierne a las organizaciones no lucrativas de utilidad social, el tercer sector y los entes no comerciales”.<sup>429</sup>

de cuentas económico-financieras, además de la modalidad de aprobación de las mismas por parte de los órganos estatutarios; el artículo 10.1 g) del decreto legislativo núm. 460 de 1997 determina que el acto constitutivo y los estatutos de las Onlus deben proveer la obligación de redactar el balance o rendición de cuentas anuales.

<sup>426</sup> En este sentido, el artículo 6.2, de la Ley núm. 266 de 1991, que impone a las organizaciones de voluntariado la inscripción en los correspondientes registros regionales (o provinciales) para acceder a las contribuciones públicas, además de para estipular acuerdos con entes públicos o para beneficiarse de las ventajas fiscales; el artículo 11, del decreto legislativo núm. 460 de 1997, que impone la inscripción en el anágrafe única de las Onlus como condición necesaria para beneficiarse de las correspondientes ventajas fiscales; los artículos 7o. y ss., de la Ley núm. 383 de 2000 relativos a los registros (nacionales, regionales y provinciales) de las asociaciones de promoción social. En el tema de la inscripción hay que tener en cuenta que, mientras que para algunos entes constituye un requisito indispensable para acceder a los correspondientes beneficios, en otros representa una obligación para el desarrollo de la propia actividad, como sucede en las asociaciones de consumidores y usuarios (artículo 3o., de la Ley núm. 281 de 1998). Sobre este punto véase De Giorgi, M.V., “La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Fascicolo 12, 2001, pp. 91 y ss.

<sup>427</sup> Fusaro, A., “La riforma del diritto delle associazioni”, *Giurisprudenza italiana*, 2000, t. II, pp. 2428 y ss.

<sup>428</sup> Así, el artículo 3.3, de la Ley núm. 266 de 1991, para las organizaciones de voluntariado; el artículo 10h), del decreto legislativo núm. 460 de 1997, para las Onlus; el artículo 3f), de la Ley n. 383 de 2000, para las asociaciones de promoción social.

<sup>429</sup> Véase el artículo 2.1b) del reglamento que disciplina la organización interna y el funcionamiento de la *Authority* (decreto del presidente del consejo de ministros de 21 de marzo de 2001, n. 329).

La elusión de los controles comporta para el ente, por regla general, la terminación de los financiamientos públicos, la decadencia de los beneficios y la cancelación en el correspondiente registro, con la consecuente imposibilidad de llevar a cabo convenios con entes públicos y otras consecuencias similares.<sup>430</sup>

El artículo 9.3 del, ya tantas veces citado, decreto del presidente de la República núm. 361 de 2000, por el que se reforma el procedimiento para la atribución de la personalidad jurídica a los entes regulados en el libro I del código civil, se refiere, para exceptuarlas de su regulación, a las disciplinas especiales que prevén normalmente una verificación de la existencia del ente, cumplida a través de un reconocimiento administrativo con fines especiales, que tiene caracteres no asimilables a la concesión de la personalidad jurídica e impone especiales regímenes de publicidad, como la inscripción en los registros constituidos con tal fin.

Las cristalizaciones legales de este sector, en los últimos 10 años, han sido muy numerosas: el largo elenco, no exhaustivo, inicia con la legislación de fundaciones bancarias (Ley del 30 de julio de 1990, núm. 218, y normas sucesivas); las organizaciones del voluntariado (Ley del 11 de agosto de 1991, núm. 266); las cooperativas sociales (Ley del 8 de noviembre de 1991, núm. 381)<sup>431</sup>; las fundaciones entes líricos (d. lgs. de 29 de junio de 1996, núm. 367 y normas sucesivas); las Onlus (d. lgs. del 4 de di-

<sup>430</sup> Para el tema de los controles se puede consultar: Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, cit., pp. 135 y ss.; Basile, M., "Le persone giuridiche" (con una contribución de De Giorgi, M. V.), en Iudica, G. y Zatti, P. (coords.), *Trattato di Diritto privato*, cit., pp. 212 y ss.

<sup>431</sup> Se trata de organizaciones constituidas para gestionar servicios socio-sanitarios y desarrollar actividades de varios géneros -agrícolas, industriales, comerciales o de servicios- con el objetivo de conseguir la inserción laboral de personas disminuidas; la finalidad, por tanto, es la de asegurar la promoción e integración social de ciudadanos que se encuentren en dichas condiciones por problemas psíquico-físicos: invalidez física, psíquica, sensorial, *ex* enfermos de institutos psiquiátricos, sujetos sometidos a tratamiento psiquiátrico, tóxico-dependientes, alcohólicos, condenados admitidos a situaciones alternativas a la detención y menores en situación de dificultades familiares.

ciembre de 1997, núm. 460); las asociaciones de consumidores y usuarios (Ley del 30 de julio de 1998, núm. 281); las asociaciones de promoción social (Ley del 7 de diciembre de 2000, núm. 383); la ley-cuadro sobre el sistema integrado de los servicios sociales (Ley del 8 de noviembre de 2000, núm. 329)<sup>432</sup> la nueva disciplina del Ipab (Instituciones Públicas de Asistencia y Beneficencia; d. lgs. del 4 de mayo de 2001, núm. 207),<sup>433</sup> la empresa social (d. lgs. del 24 de marzo de 2006, núm. 155).

De entre el cúmulo de leyes especiales ahora nos vamos a fijar en las más importantes de las que promueven actividades de utilidad social a cambio de ciertas ventajas que se atribuyen por el Estado. La primera en aparecer fue la ley-cuadro sobre el voluntariado, de 1991, núm. 266<sup>434</sup> que se gesta a raíz de la idea lanzada en el “Primer Congreso Nacional de Estudios sobre los

<sup>432</sup> Dirigida a crear una red unitaria de servicios e intervenciones de asistencia social en la que participan sujetos públicos y privados (artículo 1.5), dando concreta realización al principio de subsidiariedad.

<sup>433</sup> La categoría de tales leyes-incentivo ha sido individualizada por la doctrina aplicándoles tres características: que a través de ellas el Estado se proponga incitar a los particulares al cumplimiento de actividades específicas; que, para obtener la actividad deseada, prometan una ventaja a favor del particular y que la actividad así estimulada no hubiera sido cumplida en ausencia de la ley o lo hubiera sido en forma o en cantidad diversa de la que se considera más conforme con los intereses colectivos. Véase Irti, N., *L'età della codificazione*, III, Milán, Giuffrè, 1989, pp. 20 y ss. Recientemente, se ha dicho que el denominador común de todas estas leyes es la separación entre el compromiso y la cualidad de socio y la figura de los destinatarios de la actividad del ente de modo que no existe ninguna coincidencia entre los que actúan y los beneficiarios de la actividad. De Giorgi, M. V., “Dalla vuota socialità del codice alla vuota impresa sociale”, en Pagliantini, S. *et al.* (coord.), *Scritti in onore di Marco Comporti*, Giuffrè editore, 2008, p. 990.

<sup>434</sup> Entre los copiosos estudios suscitados por la ley se pueden citar: Benfatto, “Il volontariato oggi: qualche riflessione sulla legge-quadro”, *Studi sociali*, núm. 2, 1992, p. 26; Bruscuglia, L., “Commento alla legge-quadro sul volontariato”, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1993, pp. 793 y ss.; Rescigno, P., “Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato”, *Giurisprudenza italiana*, 1993, t. IV, pp. 1 y ss.; Scartozzi, G., Voz “Attività di volontariato”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Giuridica Treccani, 1994, t. XXXIII; Italia, Véase Zuccheti, A., *Le organizzazioni di volontariato*, Milán, Giuffrè, 1998;

Problemas del Voluntariado”, celebrado en Viareggio en 1980, de elaborar un estatuto del voluntariado. Después de propuestas y contrapropuestas y de siete años de discusión parlamentaria se aprueba, en 1991, la mencionada Ley<sup>435</sup> que rige para toda Italia y define dichas organizaciones en el artículo 3.1, como: “todo organismo libremente constituido con el fin de desarrollar la actividad prevista en el artículo 2o. que se valga de modo determinante o prevalente de las prestaciones personales, voluntarias y gratuitas de los propios adherentes”. Por su parte, el artículo 2o., se refiere a actividades prestadas exclusivamente para fines de solidaridad y el artículo 3o. a la “consecución de finalidades de carácter social, civil y cultural”, de modo que las organizaciones de voluntariado se singularizan por la actividad desarrollada, que debe ser prestada en modo personal, espontáneo y gratuito, sin finalidad de lucro, ni siquiera indirecto, y con fines exclusivamente de solidaridad (artículo 2.1 Ley 1991, núm. 266). En efecto, la cualidad de voluntario, pieza clave en este tipo de entes, requiere la exclusión de cualquier forma de relación de trabajo subordinado o autónomo y de toda otra relación de contenido patrimonial con la organización misma.

En sintonía con la *mens legislatoris* que sólo tiene en cuenta, para los entes non profit, el tipo de actividad desarrollada y los fines que se persiguen, el artículo 3.1 de la Ley del Voluntariado determina que se puede adoptar la forma jurídica que se crea más adecuada para perseguir la finalidad propuesta, salvo el límite de compatibilidad con el fin solidario. Al estar vetada la forma societaria (por la prohibición de perseguir fines de lucro), la más idónea es la de los entes del libro I del c.c., aunque existen dudas con respecto a las fundaciones en las que prevalece

Angeloni, F., *Aspetti civilistici degli enti non profit e dell'attività di volontariato nel diritto positivo vigente*, Nápoles, Edizioni scientifiche italiane, 1999, pp. 26 y ss.

<sup>435</sup> Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* del 22 de agosto de 1991. La descripción del recorrido legislativo parlamentario que ha terminado con la publicación de la ley se encuentra en: Casadei, B., “Associazionismo e volontariato in Parlamento”, *Queste istituzioni*, 1991, núms. 85 y 86, pp. 131 y ss.

el elemento patrimonial sobre el personal,<sup>436</sup> así como con los comités por sus características de estructura cerrada y duración temporal.<sup>437</sup> La forma de las asociaciones reconocidas o no reconocidas es la más adecuada y la que con mayor profusión se da en la práctica a la que se añade la de la sociedad cooperativa que no persiga fines de lucro.<sup>438</sup>

Lo que sí se les exige a estas organizaciones es que en el acto constitutivo y en los estatutos hagan constar expresamente la ausencia de fines de lucro, la democracia de la estructura, la selectividad de los cargos asociativos, las prestaciones dadas por los adherentes, los criterios de admisión y de exclusión de estos últimos y sus derechos y obligaciones. Debe, además, ser establecida la obligación de formación del balance (artículo 3.3, Ley núm. 266 de 1991). El cumplimiento de estos requisitos constituye la carga que se les impone a estos entes para lograr acceder a la inscripción en los correspondientes registros regionales (artículo 6.3, Ley núm. 266 de 1991), lo que les posibilita el goce de las oportunas ventajas fiscales, además de poder estipular convenciones con el Estado y con otros entes públicos y, en general, gozar de la disciplina promocional dada por la ley-cuadro. También se establecen controles no sólo preventivos, dirigidos a comprobar la prescripción de los requisitos mencionados para obtener la inscripción, sino sucesivos, para vigilar que tales requisitos subsistan en el desarrollo de la actividad propuesta (artículo 6.4, Ley núm. 266 de 1991).

En cuanto a la actividad, conviene insistir y matizar que la ausencia de la persecución de fines lucrativos no obstaculiza la posible realización de una actividad económica siempre que sea desarrollada con carácter instrumental y, en este sentido, se

<sup>436</sup> En sentido negativo con respecto a tal posibilidad se pronuncia Costanza, M., "Profili privatistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato", *Corriere Giuridico*, 1991, p. 1075.

<sup>437</sup> De Giorgi, M. V., "Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni", *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, cit., p. 303.

<sup>438</sup> Marasá, G., "Cooperative e Onlus", *Studium Iuris*, núm. 9, 1998, p. 913.

ha previsto la exención de la imposición fiscal de las rentas provenientes de la actividad comercial ejercitada, siempre que se documente que su total empleo se aplica a los fines institucionales (artículo 8.4, Ley núm. 266, de 1991). En el ámbito económico hay que destacar también la norma del artículo 5.2 de la citada ley, que faculta a la organización de voluntariado privada de personalidad jurídica, pero inscrita en los correspondientes registros para aceptar donaciones y legados testamentarios (en contraposición a lo que establecían los artículos 600 y 786 c.c.), “destinando los bienes recibidos y sus créditos, exclusivamente a la persecución de la finalidad estatutaria”. De este modo se les dotaba, aún antes de la derogación de tales artículos, de una plena capacidad adquisitiva condicionada al doble requisito de la inscripción en el correspondiente registro —lo que conlleva el sometimiento a periódicos controles para la verificación de la subsistencia de los requisitos exigidos— y la obligación de destinar los bienes conseguidos y sus réditos a la finalidad estatutaria preestablecida, sancionándose el incumplimiento con la cancelación del ente en el registro.

Una vez que dichos artículos han sido derogados del código civil, se plantea el problema de la posible subsistencia de los mencionados condicionamientos exigidos a las organizaciones de voluntariado que, de obtener una solución positiva, llevaría a la paradoja de aplicar a tales entes un tratamiento más desfavorable del que, desde la derogación de los artículos 600 y 786 del código civil, tienen los entes no personificados. Quaranta ha estudiado detenidamente el problema y opina que el artículo 5.2 de la Ley del voluntariado no ha sido derogado implícitamente por la Ley del 22 de junio de 2000, núm. 192, que abrogó los artículos 600 y 786 c.c., por lo que se debe optar por una interpretación restrictiva del adverbio “exclusivamente” incluido en aquel artículo y “admitirse la posibilidad de una utilización también indirecta de tales bienes, por ejemplo, empleando úni-

camente sus créditos para la persecución (en sentido lato) de los fines del ente”.<sup>439</sup>

Las organizaciones de voluntariado no reconocidas, pero inscritas en los correspondientes registros, pueden, además, inscribir directamente a su nombre los bienes inmuebles registrados y los bienes inmuebles necesarios para el desarrollo de su actividad (artículo 5.3 y 4 de la Ley del voluntariado que reenvía a los artículos 265 c.c. —relativo a la transcripción de los actos inter vivos— y 266 c.c. —que contempla la transcripción de las adquisiciones por causa de muerte—).

Finalmente, cuando el ente se extingue, los bienes sobrantes después de la liquidación deben ser devueltos a otras organizaciones operantes en el mismo sector o en sectores análogos, según las indicaciones contenidas en los estatutos, o, en su defecto, según las prescripciones del código civil (artículo 5o. último inciso de la Ley núm. 266, de 1991), confirmando, de tal manera, la prohibición de las devoluciones “interesadas” del patrimonio restante que, según parte de la doctrina, caracteriza a los entes del libro I del código civil.<sup>440</sup>

La identidad y el papel que las organizaciones de voluntariado desempeñan en la actual realidad italiana están siendo sometidos a revisión ya que el 8 de noviembre de 2003, la senadora Grazia Sestini, presentó una “Propuesta de ley sobre el voluntariado”, en los “Estados generales del voluntariado” celebrados en dicha fecha en la sala de convenciones Indap.<sup>441</sup> Además, con independencia de esta propuesta de reforma realizada en sede institucional, ha llamado la atención de juristas y operadores del tercer sector italiano el “Proyecto del Observatorio Nacio-

<sup>439</sup> Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, cit., pp. 67 y ss.

<sup>440</sup> De Giorgi, M. V., “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, cit., p. 304.

<sup>441</sup> <http://www.welfare.gov.it/>, y para un primer comentario Caselli e Martini, “Nuovi adempimenti all’orizzonte per le organizzazioni di volontariato”, *Organizzazioni di volontariato*, 2004, pp. 61 y ss.

nal del Voluntariado” del 17 de septiembre de 2002<sup>442</sup> que se propone, como criterios más destacados, el mantenimiento de los principios constitucionales del derecho-deber a la solidaridad y de la autonomía de las organizaciones de voluntariado en sus diversas expresiones, criterios que han sido confirmados en la “Carta de los valores del voluntariado” redactada por iniciativa de la Fundación italiana para el voluntariado y por el Grupo Abel que han puesto de relieve el importante papel desempeñado por las organizaciones de voluntariado en su función subsidiaria, respecto al sistema del welfare.<sup>443</sup> Finalmente, el 17 de septiembre de 2008, ha sido presentada una propuesta de ley, a iniciativa del diputado Lucà y otros parlamentarios del Partido PD, núm. 1653, para modificar la Ley del 11 de agosto de 1991, del voluntariada.<sup>444</sup>

A través de este movimiento de reforma se quiere insistir, entre otras cosas, en el carácter espontáneo, personal y gratuito de la actividad de voluntariado con exclusión de cualquier tipo de relación entre los socios voluntarios y la organización de orden económico-retributivo, con el fin de evitar la creación de áreas de trabajo formalmente gratuitas, pero sustancialmente retribuidas. Por otro lado, ante la promulgación de la normativa que instituye las asociaciones de promoción social, exLey 383/2000 (que puede dar lugar a la conmixtión entre entes de voluntariado y entidades asociativas de otra naturaleza, que simplemente se valgan de colaboraciones de voluntarios), se propone la clara prohibición de estar incluidos dichos entes en varios registros, para evitar que se acumulen los privilegios fiscales, situación que a la larga podría provocar la desacreditación, en bloque, del tercer sector italiano.

Con la aprobación de la Ley del 8 de diciembre de 2000, núm. 383,<sup>445</sup> relativa a las asociaciones de promoción social, el

<sup>442</sup> <http://www.osservatorionazionalevolontariato.it/>.

<sup>443</sup> [www.gruppoabel.it/](http://www.gruppoabel.it/).

<sup>444</sup> Esta propuesta, 1998, el 19 de enero de 2009 fue asignada, pero todavía no ha comenzado su examen. El texto se puede encontrar en [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>445</sup> Publicada en la *Gazzeta Ufficiale*, núm. 300, del 27 de diciembre de 2000.

legislador italiano ha dictado, por primera vez, una disciplina orgánica de las organizaciones non profit, definiendo su estatuto jurídico.<sup>446</sup>

La Ley se abre con una importante declaración de principios:

La República reconoce los valores sociales del asociacionismo libremente constituido y de sus múltiples actividades como expresión de participación, solidaridad y pluralismo; promueve el desarrollo en todas sus articulaciones territoriales, en la salvaguardia de su autonomía; favorece su aportación original en la persecución de finalidades de carácter social, civil, cultural y de investigación ética y espiritual (artículo 1o., Ley núm. 383 de 2000).

El artículo 2o. da una definición de las asociaciones de promoción social deliberadamente amplia al considerar como tales: “las asociaciones reconocidas y no reconocidas, los movimientos, los grupos y sus coordinaciones o federaciones constituidos con el fin de desarrollar actividades de utilidad social, a favor de los asociados o de los terceros, sin finalidad de lucro y en el pleno respeto a la libertad y dignidad de los asociados”, enunciado con el que se confirma que el legislador ha prescindido no sólo del reconocimiento de la personalidad jurídica, sino incluso que se mueve con independencia de las tradicionales categorías codicísticas.<sup>447</sup> Además, en esta definición, a diferencia de lo previsto en las preexistentes leyes del sector, se identifica la categoría non profit no sólo en negativo —obligación de no distribución de beneficios—, sino también en positivo —desarrollo de actividades

<sup>446</sup> Comentarios a tal ley se contienen, entre otros, en: Briganti, R., “La legge sulle associazioni di promozioni sociali”, *Notariato*, 2001, pp. 87 y ss.; Ponzanelli, G., “Approvata la legge sulle associazioni di promozione sociale”, *Corriere Giuridico*, 2001, Fascicolo 2, pp. 148 y ss.; Ghia, L., “Le associazioni di promozione sociale”, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2001, núm. 383, pp. 447 y ss.; Prelati, C., “La legge 8 novembre 2000, núm. 328 e la solidarietà come fenomeno sociale regolato”, *Rassegna di Diritto civile*, 2001, núm. 1, pp. 81 y ss.

<sup>447</sup> De Giorgi, M. V., “La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?”, *cit.*, p. 91, donde explica que la Ley recoge figuras como los movimientos o grupos de “oscura fisonomía jurídica”.

de utilidad social, a través de la labor prestada de forma voluntaria, libre y gratuita por los propios asociados, aunque en caso de especial necesidad también se pueden estipular contratos de trabajo dependientes o autónomos con los mismos, ex artículo 18 de la Ley—.

Los sujetos excluidos de la normativa son: partidos políticos, organizaciones sindicales, asociaciones de patronos, asociaciones profesionales, y, en líneas generales, todas las estructuras asociativas que tienen como finalidad exclusiva la tutela de los intereses económicos de los asociados, además de los círculos privados y las asociaciones con estructura no democrática o que prevean limitaciones a los derechos subjetivos de los socios. Asimismo, se dejan fuera otras categorías de entes como las asociaciones que tienen por finalidad la tutela exclusiva de los intereses económicos de los socios (artículo 2o., Ley núm. 383, de 2000).

Las organizaciones reguladas por la Ley de Asociaciones de Promoción Social necesitan para poder gozar de los correspondientes beneficios y exenciones fiscales, así como para estipular acuerdos con el Estado y los entes públicos adecuarse al modelo-tipo de estatutos (minuciosamente detallado en el artículo 3o. de la ley). Deben, también, inscribirse en los correspondientes registros (nacionales, regionales o provinciales, disciplinados en los artículos 7o. a 10 de dicha ley), que subordinan la inscripción a la inserción en los estatutos de los requisitos exigidos por la Ley, entre ellos, la constatación de determinadas exigencias de democracia, así como la finalidad de utilidad social.

Se prevé en esta normativa la creación de un Observatorio Nacional del Asociacionismo, en analogía con lo establecido para las organizaciones de voluntariado en la ley núm. 266/91, presidido por el ministro para la solidaridad social. Igualmente se contienen los observatorios regionales (artículos 11 y siguientes, ley núm. 383/2000) a los que se les encomienda, entre otras funciones, las de promover estudios e investigaciones sobre el asociacionismo en Italia y en el exterior, aprobar proyectos experimentales elaborados por las asociaciones para hacer frente

a particulares exigencias sociales y el sostenimiento de las asociaciones de promoción social. La ayuda se realiza también, a través del específico fondo para el asociacionismo, instituido con el fin de financiar las iniciativas de formación, puesta al día e información, además de los proyectos dirigidos a especificar emergencias sociales o particularmente innovadoras (artículos 12 y 13, ley núm. 383/2000). En el artículo 17 se determina que el Observatorio Nacional para el Asociacionismo y el Observatorio Nacional para el Voluntariado escojan 10 miembros (5 y 5, respectivamente) que formarán parte del Consejo Nacional de la Economía y el Trabajo (Cnel).

Las asociaciones de promoción social extraen sus fuentes de financiación de las cuotas y contribuciones asociativas, contribuciones públicas, rentas derivadas de las cesiones de bienes o servicios, prestaciones liberales de los asociados o terceros, fiscales y de iniciativas de autofinanciamiento (artículo 4o. Ley núm. 383/2000). Además, en análogos términos que los establecidos para las organizaciones de voluntariado, el artículo 5o. de la ley que examinamos dispone que las asociaciones de promoción social, aún privadas de personalidad jurídica pueden “recibir donaciones y, con beneficio de inventario, legados testamentarios, con la obligación de destinar los bienes recibidos y sus réditos a la consecución de la finalidad prevista en el acto constitutivo y en los estatutos”, reproduciéndose aquí el mismo problema interpretativo que, para la coordinación con los derogados artículos 600 y 786 del c.c., se produce con respecto a las organizaciones de voluntariado, si bien la supresión del adverbio “expresamente”, en la ley de asociaciones de promoción social, legítima la interpretación proporcionada para las organizaciones de voluntariado.

Por lo que respecta a la responsabilidad patrimonial, se establece para las asociaciones de promoción social, innovando las disposiciones generales en la materia contenidas en el artículo 38 c.c., el principio de responsabilidad subsidiaria del patrimonio personal de los representantes de la asociación que

hayan actuado en su nombre y por su cuenta respecto al patrimonio de la asociación misma<sup>448</sup> (artículo 6.2 de la Ley n. 383/2000), tanto si se trata de un ente personificado como si no ha adquirido dicha condición. De esta manera, la asociación reconocida que intente acogerse a las previsiones de la ley, se verá privada del único privilegio adquirido pidiendo el reconocimiento civilista: la irresponsabilidad de sus administradores por las obligaciones asumidas.

En cuanto a las relaciones de las asociaciones de promoción social con las organizaciones de voluntariado, nos podemos preguntar si es posible que un ente pertenezca simultáneamente a ambos tipos, pudiendo estar inscrito al mismo tiempo en los dos registros y sometido a ambas normativas. La mejor doctrina<sup>449</sup> se decanta por la solución afirmativa, dadas las características comunes a ambas: ejercicio de una actividad de relevancia social sin fines de lucro, si bien, para las asociaciones de promoción social existe el matiz de la peculiar naturaleza de la actividad de utilidad social desarrollada a favor de los socios o de los terceros, mientras que el rasgo distintivo de las organizaciones de voluntariado es el de valerse para el despliegue de su actividad, de modo prevalente, de las prestaciones personales, voluntarias y gratuitas de los propios adherentes.

Como es notorio, a la disciplina codicística le resulta extraña cualquier evaluación respecto a la utilidad social de la actividad y de los objetivos que se propongan los entes. Sin embargo, en el ámbito de las leyes especiales, a partir de la década de los 80, se asiste a un florecimiento de las mismas dirigido a dar relevancia a entes que tengan finalidades estimadas como socialmente importantes y, por ello, merecedoras de exenciones fiscales. Es precisamente en este contexto donde se inserta el decreto legislativo núm. 460, del 4 de diciembre de 1997 que ha previsto al *Riordino delle disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazione non lucrative di*

<sup>448</sup> Ponzanelli, G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Turín, 2000, pp. 277 y ss.

<sup>449</sup> De Giorgi, M. V., “La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?”, *op.cit.*, p. 92, entre otros.

*utilità sociale*, vinculando el tratamiento privilegiado no sólo a la ausencia de fines de lucro, sino también a la persecución de objetivos positivamente apreciados por el ordenamiento, favoreciendo así la autofinanciación por medio de actividades empresariales de las organizaciones no lucrativas.

Dicho decreto no sólo ha dispuesto una graduación de las facilitaciones (previendo un particular régimen de favor para los entes no comerciales de tipo asociativo en función del grado de merecimiento de la actividad desplegada), sino que ha individualizado, en el interior del sector, una inédita figura subjetiva fiscal: las organizaciones no lucrativas de utilidad social (ONLUS), a las que se las reserva, en el caso de que cumplan con los requisitos prescritos en el decreto, un régimen especial privilegiado, que se justifica en atención al singular merecimiento de la actividad y finalidad perseguida.<sup>450</sup>

No obstante, hay que comenzar puntualizando que el decreto no ha creado una nueva tipología de entes, sino que tan sólo se trata de una cualidad especial, con relevancia en sede tributaria y, este sentido, el artículo 10.1 del mismo determina: “son Onlus las asociaciones, los comités, las fundaciones, las sociedades cooperativas y los otros entes de carácter privado con o sin personalidad jurídica”; para pasar después a dar la lista negra de los entes excluidos: entes públicos, sociedades comerciales diversas de las cooperativas, las fundaciones bancarias, los partidos y movimientos políticos, las organizaciones sindicales, las asociaciones de patronos y las asociaciones profesionales (artículo 10.10 del decreto 460/1997); y a enunciar, finalmente, aquellas que ex lege

<sup>450</sup> Varios autores, *La disciplina degli enti non profit* (a cargo de Marasà), Turín, 1998; Varios autores, *Onlus, enti non commerciali e parrocchie*, Avvocatura Generale Curia Arcivescovile di Milano (Ed.), Milán, 1998; De Giorgi, M. V., Voz “Onlus”, *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 587-601 y “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, cit., pp. 304-312; Marasà, G., “Cooperative e Onlus”, cit., p. 913 y ss.; Cardinale, E., “Gli obblighi contabili delle Onlus: aspetti civilistici”, en Marasà, G. (coord.) *La disciplina degli enti non profit*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 130 y ss.

están englobadas en el concepto Onlus: las organizaciones de voluntariado siempre que estén inscritas en los correspondientes registros, las organizaciones no gubernativas reconocidas idóneas en el sentido de la Ley del 26 de febrero de 1987, núm. 49 (nueva disciplina de la cooperación de Italia con los países en vías de desarrollo), y las cooperativas sociales (artículo 8o. del decreto).<sup>451</sup>

Los requisitos exigidos por el decreto para poder gozar de las especiales ventajas fiscales asignadas a la calificación como Onlus de una determinada institución son, ante todo, el desarrollo de una actividad de interés colectivo, y orientada a la consecución de fines de solidaridad social. Así, se señalan determinados ámbitos de actividad, dentro de los sectores prescritos en el propio decreto en los que debe desarrollarse la labor de las Onlus, en los que se presume tal finalidad: asistencia social y socio-sanitaria, beneficencia, promoción o valoración de objetos de interés artístico o histórico, tutela y valoración de la naturaleza y del ambiente, investigación científica de particular interés social y promoción de la cultura y del arte con aportaciones económicas del Estado. En los otros sectores enumerados (asistencia sanitaria, instrucción, formación, deporte amateur y tutela de los derechos civiles) la cesión de bienes y la prestación de los servicios relativos a la actividad estatutaria deben estar necesariamente dirigidas a proporcionar beneficios a personas disminuidas por razón de sus condiciones físicas, psíquicas, económicas, sociales

<sup>451</sup> Una organización eclesiástica podrá asumir la calificación de Onlus siempre que haya estipulado pactos o acuerdos con el Estado, aunque limitadamente al ejercicio de una de las actividades comprendidas en el decreto por lo que, en definitiva, sería ésta la que quedaría sujeta a normativa y no el ente en cuanto tal. Véase Redaelli, C., "Parrocchie, enti ecclesiastici e Onlus", en Varios autores, *Onlus, enti non commerciali e parrocchie*, cit., p. 94. Y, desde el punto de vista opuesto, la doctrina muestra su disconformidad con respecto a la inclusión en la normativa Onlus de las sociedades cooperativas, a excepción de las cooperativas sociales, ya que el régimen que les aplica, tanto el Código civil como la normativa especial, es incompatible con las características asignadas a las Onlus (una cooperativa que aspirase a ser calificada como Onlus, debe renunciar a la finalidad mutualista-egoísta que, según la tesis tradicional, constituye la causa del contrato, Marasá, G., "Cooperative e Onlus", cit., pp. 915 y ss.

o familiares.<sup>452</sup> La rigidez de esta norma se encuentra compensada con la posibilidad que se concede en el desarrollo de las actividades, por parte de este segundo grupo, para realizarlas a favor de cualquiera, cuando se trate de actividades conectadas directamente con la institucional, siempre que no sean prevalentes con respecto a ésta y las rentas que se originen no superen el 66% del total de los gastos de la organización (artículo 10.5 del decreto núm. 460 de 1997). Dichas actividades que, por ello, no quedan sujetas a la obligación de emplearlas en favor de personas disminuidas se destinan, fundamentalmente, a la adquisición de medios y recursos para financiar los fines propios del ente.<sup>453</sup>

Además, se prescribe que estos requisitos sean expresamente enunciados en el acto constitutivo y en los estatutos para los que, a diferencia de lo establecido en el Código civil con respecto a las asociaciones no reconocidas y los comités a los que no se les exigen requisitos formales, se impone la forma del documento público o de la escritura privada autenticada (artículo 10.1i) del decreto). El acto constitutivo debe contener, también, la denominación del ente dotada de las condiciones de novedad —no se puede usar una igual o similar a la utilizada por otro ente— y veracidad —sin que pueda inducir a engaño—. Tanto en el nombre como en los signos distintivos se debe insertar la locución *organizzazione non lucrative di utilità sociale* y el acrónimo *Onlus* (artículo 16 del decreto). Por su parte, en los estatutos se deben incluir cláusulas que garanticen la efectividad de la relación aso-

<sup>452</sup> La precisión de las personas que integran tal categoría se contiene en el artículo 4o., Ley núm. 381 de 1991, sobre las cooperativas sociales.

<sup>453</sup> De Giorgi explica que el límite impuesto responde al claro deseo, por parte del legislador, de evitar que una actividad prevalentemente, productiva, pueda desarrollarse en régimen privilegiado, aunque, salvado el límite establecido las actividades conexas y accesorias pueden ser realizadas con métodos empresariales, siempre, claro está, que los beneficios se utilicen no con fines egoístas sino para satisfacer los objetivos propios del ente. De Giorgi, M. V., “Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni”, en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di Diritto privato, Persone e famiglia*, cit., p. 308.

ciativa y los principios democráticos que han de inspirar el modelo organizativo (artículo 10.1h).

En sintonía con los sistemas de vigilancia y control característicos de las legislaciones especiales de privilegio, el decreto preceptúa precisas obligaciones contables, en particular, la redacción de un balance que ofrezca una adecuada representación de la situación económica, financiera y patrimonial de la organización y, para aquellos entes que tengan rentas superiores a 2 mil millones anuales, también el control por parte de revisores contables (artículo 25.5 del decreto núm. 460, de 1997). Asimismo, se prevé en la Ley de delegación la institución de un organismo de vigilancia (Authority), que deberá actuar bajo la supervisión del presidente del Consejo y del Ministro de las Finanzas (Ley núm. 622, de 1996),<sup>454</sup> reservándose el ministerio la posibilidad de aclarar, en detalle, las modalidades de control, así como los casos de extinción total o parcial de los correspondientes beneficios (artículo 11.3, del decreto).

La inscripción en el anagrafe de la Onlus, instituido bajo el ministerio de economía y finanza, tiene carácter constitutivo, al ser condición necesaria para disfrutar de las ventajas que se ofrecen en el decreto (artículo 11.2, decreto 460/1997). El decreto del ministro de Economía y Finanza ha establecido las modalidades del ejercicio del control relativo a la subsistencia de los requisitos formales para la inscripción en el anagrafe único, confirmando el valor constitutivo de la registración para poder gozar de los beneficios. Con el decreto del presidente de la República del 20 de marzo de 2003, núm. 135 (régimen de actuaciones del artículo 10.1 letra a), núm. 11 del decreto legislativo 460/1997, ya citado) se han definido los ámbitos y las modalidades de desarrollo de la actividad de investigación científica de particular interés social que se ha de desarrollar por las fundaciones-Onlus.

<sup>454</sup> Se trata de la ley que había concedido al gobierno la delegación para promulgar uno o más decretos legislativos, con el fin de reformar la disciplina fiscal del tercer sector y en virtud de la que se promulgó el decreto núm. 460, de 1997 del que nos venimos ocupando.

Finalmente, llegada la fase de liquidación, queda rigurosamente prohibida la llamada devolución “interesada” del patrimonio residual, al imponerse la obligación de devolver tal patrimonio a organizaciones análogas o que tengan fines de pública utilidad (artículo 10.1f), del decreto). Por supuesto, no sólo en esta, sino en cualquier fase de la vida de la organización, no se pueden, tampoco, distribuir beneficios, fondos, reservas o capitales a favor de los socios, asociados y cooperadores en forma directa o indirecta (artículo 10.1d y e), del decreto 460/1997).

Al tratar de la normativa especial nos venimos refiriendo, hasta ahora, a las leyes que conceden, para las organizaciones sujetas a ellas, determinadas ventajas e incentivos fiscales, pero también merecen una breve referencia, por su peso específico en el ordenamiento jurídico italiano, los entes eclesiásticos que están llamados, además, a jugar un importante papel en el futuro del tercer sector italiano, dado el progresivo desmantelamiento de las tradicionales estructuras asistenciales y escolásticas del Estado.<sup>455</sup>

El artículo 7o. del acuerdo del 18 de febrero de 1984 entre la República italiana y la Santa Sede (ratificado por la Ley núm. 121, de 1985), dispone que la República italiana, a instan-

<sup>455</sup> Véase Alleva, F., *I confini giuridici del Terzo settore italiano*, cit., p. 161. Para profundizar sobre el tema véanse, además: Leziroli, G., *Il riconoscimento degli enti ecclesiastici*, Milán, Giuffrè, 1990; Cardia, C., *Stato e confessioni religiose. Il regime pattizio*, Bologna, Il Mulino, 1992 y Leziroli, G., “A proposito di una norma abrogata e di vecchie e nuove discriminazioni in tema di libertà religiosa”, en Tedeschi, M., *Studi in onore di Piero Bellini*, Soveria Manelli, Rubbettino, 1999, pp. 397 y ss.; Fuccillo, A., *Le nuove frontiere dell’ecclesiasticità degli enti*, Nápoles, Jovene, 1999; Ribet, P., “Per le Chiese molti dubbi da chiarire”, *Il Sole 24 Ore*, 9 de marzo de 1991, p. 6; Mogavero, D., “La condizione giuridica delle associazioni non riconosciute”, en Varios autores, *Le associazioni nella Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1999, pp. 77 y ss; Giuliani, P., *Le distinzioni tra associazioni pubbliche e associazioni private nel nuovo Codice di diritto canonico*, Roma, Pontificia Università Lateranense, 1986, pp. 208 y ss.; Mantineo, A., *Enti ecclesiastici ed enti non profit. Specificità e convergenze*, Turín, Giappichelli, 2001; Raffo, G., “Le Confraternite tra passato e futuro”, *Civiltà Cattolica*, I, núm. 3590, 2000, pp. 162 y ss.

cias de la autoridad eclesiástica o con su consentimiento, continuará reconociendo la personalidad jurídica de los entes que tengan sede en Italia, erigidos o aprobados según las normas del derecho canónico, que tengan finalidad de religión o de culto (en sentido análogo al artículo 1o. de la Ley núm. 222/1985, que es la que regula este tipo de entes). Por tanto, los requisitos previstos para obtener el estatus de ente eclesiástico civilmente reconocido son: 1) la constitución según las normas del derecho canónico; 2) petición o consentimiento de la autoridad civil para obtener el reconocimiento; 3) poseer la sede legal en Italia; 4) tener finalidad de religión o de culto.<sup>456</sup>

El artículo 9.2 del decreto del presidente de la República, núm. 361 de 2000, que, como sabemos, establece el nuevo procedimiento para el reconocimiento de la personalidad jurídica en el ámbito civil, mantiene en vigor la disciplina ya prevista para los entes confesionales<sup>457</sup> —con respecto a las instituciones comprendidas en las diversas Confesiones religiosas que hayan estipulado acuerdos con el Estado, en atención al artículo 8o. de la Constitución italiana, se aplican normas análogas que para los entes católicos; y para aquellos que no hayan estipulado dichos acuerdos, continúa en vigor la Ley de 1929-1930, sobre cultos admitidos—. Debe presumirse, por ello, que la atribución del reconocimiento se confía, todavía, al Ministerio del Interior (que ha sustituido,

<sup>456</sup> El artículo 16 de la Ley núm. 222/1985, determina la actividad de religión o de culto a los efectos de las leyes civiles como “aquella dirigida al ejercicio del culto, al cuidado de las almas, a la formación del clero y de los religiosos, a fines misioneros, a la catequesis y a la educación cristiana”, actividad que se presume en las organizaciones integradas en la jerarquía de la Iglesia (Diócesis, Abadías, capítulos, Parroquias, etcétera), así como en los otros institutos religiosos y seminarios (artículo 2.1, Ley núm. 222/1985). Para el resto, la subsistencia de tal fin debe ser comprobada, de vez en cuando, por la autoridad gubernativa (artículo 2.2, de la Ley núm. 222/1985).

<sup>457</sup> De Giorgi explica que dicho respeto se produce, entre otras razones, dada la naturaleza convencional de la normativa lo que comporta que no sea modificable unilateralmente. De Giorgi, M. V., “La riforma del procedimento per l’attribuzione della personalità giuridica agli...”, *cit.*, p. 506.

como se ha dicho, la competencia del presidente de la República) y que la inscripción debe efectuarse en la prefettura de la provincia en la que el ente tenga establecida su sede. Sin embargo, las asociaciones públicas de fieles, conocidas como asociaciones de derecho común, pueden ser reconocidas en las condiciones previstas por el código civil y sometidas, en todo, a las leyes civiles, salvo los poderes atribuidos a la autoridad eclesiástica por el artículo 10.2, de la Ley 222/1985.

Por otro lado, dada la política de favor que en general el Estado adopta en pro de las formaciones sociales en las que se desarrolla y crece la personalidad de los ciudadanos (artículo 20. de la Constitución italiana), nada impide que asuma compromisos financieros e intervenga con una legislación de favor sosteniendo la actividad de los entes eclesiásticos que, además de buscar la elevación espiritual de sus asociados y de la colectividad, se proponen como instrumento de solidaridad hacia la sociedad desarrollando una acción positiva.<sup>458</sup> Pues bien, la disciplina fiscal de los entes religiosos no puede prescindir del hecho de que la actividad de culto o de religión, como también las otras actividades religiosas, no tiene carácter comercial.<sup>459</sup> De este modo los entes religiosos reconocidos como personas jurídicas a efectos civiles, no pueden perder nunca la calificación de entes no comerciales, ni siquiera cuando ejerciten actividades evidentemente comerciales e incluso cuando estas últimas sean cuantitativamente predominantes,<sup>460</sup> ya que en ellos “se estima de todos modos prevalente la actividad institucional de

<sup>458</sup> Alleva, F., *I confini giuridici del Terzo settore italiano*, cit., pp. 161 y 162. En este sentido, ya se expuso también, cómo los entes no profit eclesiásticos de las Confesiones religiosas con los que el Estado haya estipulado pactos o acuerdos, pueden adquirir la calificación de Onlus con todas las ventajas que la misma comporta.

<sup>459</sup> El artículo 16.h), de la Ley 222/1985, preceptúa: “se consideran (...) actividades diversas de las de religión o de culto aquellas de (...) y, en todo caso, la actividad comercial o con finalidad de lucro”. Ésta y análogas expresiones se contienen en las leyes de actuación de los acuerdos con las confesiones religiosas diversas de la católica.

<sup>460</sup> Alleva, F., *I confini giuridici del Terzo settore italiano*, cit., pp. 175 y ss.

inspiración eminentemente idealista” (relación gubernativa al decreto legislativo núm. 460/1997). Naturalmente, esta presunción, *iuris et de iure*, se destruye cuando el ente reconocido como eclesiástico pierde toda referencia a la finalidad de religión o de culto (cuando desarrolla, por ejemplo, sólo una actividad comercial), porque faltarían los presupuestos que lo califican como tal ente eclesiástico.

Para los otros entes religiosos (no eclesiásticos) reconocidos por las Confesiones religiosas con las que el Estado haya estipulado pactos o acuerdos y que no sean reconocidos civilmente como entes eclesiásticos, la calificación religiosa y el carácter de “no comercialidad” no debería ser objeto de duda pero, no teniendo la fórmula cualificada de ente eclesiástico civilmente reconocido, no se sustraen a las disposiciones del artículo 111-bis.

Según la Ley núm. 222/1985, para los entes de la Iglesia Católica y las leyes que regulan los acuerdos con las otras Confesiones religiosas, las actividades diversas de las de religión o de culto se sujetan siempre al régimen tributario previsto, en general, para cada una de ellas, por lo que resultará necesario individualizar bien la tipología de cada actividad y atenerse a la normativa específica prevista en cada caso.<sup>461</sup>

Finalmente, el pujante fenómeno del asociacionismo en el interior de la Iglesia Católica encuentra en las confraternidades laicas, reguladas en el nuevo Código de Derecho Canónico —entes colectivos non profit de matriz eclesiástica que dirigen su actividad institucional, principalmente, al culto público, obras de catequesis, misioneras o de caridad, además de a la prestación de servicios asistenciales y de solidaridad—, una de sus más claras expresiones. Estas organizaciones adoptan, normalmente, la forma de asociaciones no reconocidas y presentan una mezcla de normativa civil y eclesiástica que da lugar a algunas cuestiones jurídicas no fácilmente resolubles.<sup>462</sup> En concreto, la principal problemática se

<sup>461</sup> *Ibidem*, p.180.

<sup>462</sup> Así, la Sentencia de *Cass. Civ. Sez-un.* núm. 3127, 30 enero-10 abril de 1997, en *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1997/31, pp. 938 y ss., estimó la incompetencia del juez italiano en orden a la expulsión, más que discutible,

presenta al constituir estos entes, por una parte, realidades non profit de gran valor social y solidario, pero que, por otra parte, son deficitarios en cuanto a la democracia organizativa. Ello ha llevado a algunas confraternidades a realizar ciertas modificaciones estatutarias para cumplir con los requisitos de democracia y poder así gozar de los privilegios establecidos en la ley-cuadro del voluntariado.<sup>463</sup>

En la actualidad, hay que tener en cuenta que el artículo 1.3 del decreto legislativo del 24 de marzo de 2006, regulador de la disciplina de la empresa social, extiende la disciplina prevista para la dicha empresa a los entes eclesiásticos en los siguientes términos:

A los entes eclesiásticos y a los entes de las confesiones religiosas con las que el Estado ha estipulado pactos, convenios o acuerdos se aplican las normas del presente decreto limitadamente al desarrollo de las actividades enumeradas en el artículo 2o., a condición de que para tales actividades adopten un reglamento, en forma de escritura privada autenticada, que reciba las normas del presente decreto. Para tales actividades deben llevarse separadamente las escrituras contables previstas en el artículo 10. El reglamento debe contener los requisitos que se requieren en el presente decreto para los actos constitutivos.<sup>464</sup>

## V. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

Los artífices de todas las reformas legislativas que tanto han influido en la evolución de las personas jurídicas en el ámbito de

de un asociado por la propia Confraternidad, al entender que el ejercicio de los poderes organizativos internos compete, en exclusiva, a la jurisdicción de la autoridad eclesiástica.

<sup>463</sup> Recuérdese que uno de los requisitos para acceder a la legislación de incentivo consistía en la inserción de principios de inspiración democrática.

<sup>464</sup> Un estudio de la materia se contiene en Fuccillo, A., "Artículo 1, III: *Nozione*", en De Giorgi, M. V., (Coord.), *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., pp. 49 y ss.

orden nominativo jurídico italiano han sido, junto a la doctrina, la Constitución y la jurisprudencia que la aplica e interpreta.

Ya hemos expuesto el peso decisivo de la opción pluralística, confirmada por la Constitución con la protección de las formaciones sociales consagradas en su artículo 2o., que ha supuesto la superación de los planteamientos codicísticos de mera tolerancia hacia los entes morales, dotando de una gran relevancia jurídica a los grupos intermedios como los idóneos instrumentos de actuación de la persona donde se realiza la vocación social del hombre.<sup>465</sup> Pues bien, recientemente se ha producido una importante reforma en el título V de la carta magna<sup>466</sup> operada a través de la Ley núm. 3, del 18 de octubre de 2001,<sup>467</sup> dictándose con posterioridad las disposiciones para la adecuación del ordenamiento de la República a la anterior ley (Ley núm. 131 del 5 de junio de 2003).<sup>468</sup>

El nuevo texto del artículo 118.4 de la Constitución ha consagrado el principio de subsidiariedad horizontal al establecer: “Estado, regiones, ciudades metropolitanas, provincias y municipios, favorecerán la autónoma iniciativa de los ciudadanos particulares y asociados, para el desarrollo de actividades de interés general sobre la base del principio de subsidiariedad”,<sup>469</sup> lo

<sup>465</sup> Perlingieri, P.; Baletti, S., *Commento alla Costituzione Italiana*, cit., p. 12.

<sup>466</sup> Comentarios a dicha reforma se contienen, entre otros, en los siguientes estudios: Falcon, G., “Modello e transizione nel nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione”, *Le Regioni*, 2001, núm.6, pp. 1247 y ss.; Ruggeri, A., “La riforma costituzionale del titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione e al piano dei controlli” en Mancini, S. (Coord.), *Il nuovo titolo V della parte II della Costituzione. Primi problemi alla sua attuazione*, Giuffrè, Milán, 2002, pp. 65 y 55; Caravita, B., *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Giappichelli, Turín, 2002, pp. 92 y ss

<sup>467</sup> Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* núm. 248, del 24 de octubre de 2001.

<sup>468</sup> Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* núm. 132, del 10 de junio de 2003. Para un comentario de esta ley, véase Cavalieri, P.; Lamarque, E., *L’attuazione dell nuovo titolo V, parte seconda della Costituzione*, *Commento alla legge “La logia”* (Legge 5 giugno 2003, núm. 131), Giappichelli, Turín, 2004.

<sup>469</sup> El principio de subsidiariedad vertical prevé que los entes superiores intervengan sólo donde no logre proveer el más cercano al ciudadano. Alleva,

que implica, en líneas generales, que la intervención pública en los sectores de competencia de los particulares está constitucionalmente legitimada sólo en la medida en la que la tutela de los intereses no puede ser realizada por estos con suficiente eficacia.

Ello supone un redimensionamiento de las relaciones entre lo público y lo privado, en el que el Estado y cualquier otra autoridad pública realiza el desarrollo de la sociedad civil partiendo desde abajo, del respeto y la valoración de las energías individuales, de modo que a todos los que la integren se les garantice el derecho de interpretar las necesidades colectivas emergentes del ‘social’ y se obligan directamente para la realización de las que, sobre la base de tales parámetros, se estiman como utilidades colectivas, como exigencias propias de las comunidad de la que forman parte.<sup>470</sup>

Así como se ha procedido al reparto constitucional de competencias atribuidas al Estado por un lado, y regiones por otro,

E., *I confini giuridici del Terzo settore italiano*, cit., p. 15, nota 4, y está a su vez reconocido en el artículo 118.1: “Las funciones administrativas están atribuidas a los Municipios salvo que, para asegurarse el ejercicio unitario, sean conferidas a Provincias, Ciudades metropolitanas, Regiones y Estado, sobre la base de los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación”. Sobre el principio de subsidiariedad vertical se pueden consultar los siguientes estudios: D’Andrea, A., “La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà”, *Juristische schulung*, 2000, vol. 47, núm. 2, pp. 227 y ss.; Trevisani, M. P., “Competenze rispettive di Regione e Città: letture recenti del principio di sussidiarietà”, *Il diritto della regione*, 2000, núm. 2, pp. 299 y ss.; Anzon, A., *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2003, pp. 200 y ss.; Caretti, P., “L’assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione, aspetti problematici”, *Le Regioni*, núm. 6, 2001, pp. 1224 y ss.; Violini, L., “I confini della sussidiarietà: potestà legislativa ‘concorrente’, leale collaborazione e strict scrutiny”, *Le Regioni*, núms. 2 e 3, 2004, pp. 587 y ss.

<sup>470</sup> *Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi*, 1 julio, 2002, publicada en *Il foro amministrativo C.d.S.*, 2002, con nota de Leone, G. y Tarasco, A.L., fascicolo 10, octubre, p. 2615. El Consejo de Estado expone también en dicho dictamen que, desde el punto de vista económico, el principio ligado estrechamente a la anterior premisa ideológica consiste en que el empleo de los recursos públicos no será necesario allí donde operen los particulares, a través de formas de autofinanciamiento y/o incremento de aquellos recursos que procedan de la aportación desinteresada de los particulares.

exartículo 117 de la Constitución,<sup>471</sup> también se realiza un fundamental reparto de las mismas entre el Estado, en sus diversas articulaciones territoriales, y las organizaciones a través de las que se expresan las “libertades sociales” que han sido garantizadas constitucionalmente. De este modo, al Estado, para realizar las actividades que tiendan a conseguir los “bienes públicos” le corresponderían, entre otras, las competencias de política exterior, defensa y fuerzas armadas, moneda, tutela del ahorro, tutela de la competencia, orden público y seguridad, mientras que a los entes exponenciales, entre los que se encuentran las personas jurídicas privadas, en la persecución de los “bienes privados” se les atribuyen las actividades de instrucción, investigación científica, sanidad, beneficencia y asistencia a las categorías desfavorecidas, tutela y valoración del patrimonio cultural, etcétera.<sup>472</sup> De ahí que la directiva constitucional podría legitimar una criba constitucional, a la luz del principio de subsidiariedad horizontal, de las leyes que reservan a la competencia estatal y demás autoridades públicas competentes, “determinados sectores de actividad, favoreciendo una ampliación de los confines legales en el ámbito de la intervención de los particulares y no sólo en la esfera de aplicación del derecho privado”.<sup>473</sup>

<sup>471</sup> A raíz de la revisión del título V de la Constitución, el artículo 117 ha diseñado un modelo de distribución de competencias entre el Estado y las regiones, diametralmente opuesto respecto al previsto con anterioridad a la reforma, empleando para ello una técnica propia de los Estados federales al enumerar expresamente las competencias legislativas estatales y disponiendo en el artículo 117.4 que: “corresponde a las regiones la potestad legislativa con referencia a cada materia no reservada expresamente a la legislación del Estado”. V. Scaccia G., “Il riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni”, *Diritto Pubblico*, 2004, núm. 1, p. 1; Rescigno, G. U., “Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti”, *Diritto Pubblico*, 2002, núm. 3, pp. 786 y ss.

<sup>472</sup> Nuzzo, M., “Autonomia e regole nel progetto di riforma della disciplina delle persone giuridiche”, en Osorio Serrano, M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Granada, Universidad de Granada, 2005, pp. 136 y 137.

<sup>473</sup> Alvisi, C., “Commento all’articolo 7”, en Cavalieri, P. y Lamarque, E., *L’attuazione del nuovo titolo V, parte seconda della Costituzione, Commento alla legge “La logia”* (Legge 5 giugno 2003, n. 131), Turín, Giappichelli, 2004, p. 196.

Con ello, se culmina un proceso de evolución histórico-legislativa que arranca del Estado postunitario italiano, en el que éste asumía por sí mismo o a través de sus articulaciones territoriales una serie de obligaciones que, en cuanto dirigidas a la satisfacción de reconocidas exigencias de la colectividad, quedaban convertidas en intereses colectivos y, por tanto, en obligaciones públicas. Su primer punto de inflexión se observa en los pronunciamientos del Consejo de Estado<sup>474</sup> y en la doctrina que comienzan a delinear una diversa disposición en las relaciones entre derecho público y derecho privado para llegar a la situación actual, en la que el Estado y los entes públicos no tienen el monopolio de realización de los fines del público interés, ya que “un ente que persiga, institucionalmente, fines así definidos no debe, necesariamente, ser calificado como ente público (...). En otras palabras, bien pueden los particulares perseguir con organizaciones particulares que continúen siendo privadas finalidades concurrentes con las del Estado y las de otros entes públicos. Siempre que, naturalmente, no exista una expresa prohibición para los particulares o una expresa reserva a favor del Estado”.<sup>475</sup>

Para que la autónoma iniciativa de los ciudadanos pueda dirigirse a la persecución de fines públicos se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de actividades no prohibidas a los particulares ni reservadas al Estado; 2. La compatibilidad causal y estructural de los instrumentos de la au-

<sup>474</sup> *Consiglio di Stato, Sezione VI*, 16 octubre 1963, núm. 728, en *Giustizia Civile*, 1964, II, 33. En dicha decisión el Consejo de Estado declinaba su propia jurisdicción respecto a una asociación para la promoción y difusión de la lengua y cultura italiana en el mundo, asumiendo que la calificación como “persona jurídica de derecho privado” no se desvirtuase por el “carácter de la actividad” ejercitada, es decir, por el hecho de que “el ente desarrolla estatutariamente, una actividad que en gran parte pertenece a los fines mismos de Estado y para los que el Estado ha dispuesto especiales instrumentos (...) dado que por expresa voluntad de la ley dicha actividad puede ser desarrollada también por los particulares”.

<sup>475</sup> Galgano, F., “Pubblico e privato nell’organizzazione giuridica”, *Contratto e impresa*, 1985, núm. 1.

tonomía privada con la persecución de un interés público;<sup>476</sup> 3. La legitimación a los particulares para perseguir intereses generales cuando los mismos no son objeto de una reserva de titularidad.<sup>477</sup>

En definitiva, el principio de subsidiariedad horizontal señala el límite a la autoridad que deriva de la capacidad de la persona —individual o colectiva— de ser libre, por tanto, de su autonomía, y propulsa el papel subsidiario del Estado, en cuanto que sólo estaría legitimado para intervenir en aquellas situaciones en las que por la naturaleza y dimensiones del problema, el particular o la comunidad más cercana a él no estén en condiciones de autorregularse o autogestionarse por sí solos.<sup>478</sup>

Con la asignación al Estado y a los otros entes territoriales de tal rol, subsidiario de la autónoma iniciativa de los ciudadanos que mejor pueden realizar fines de interés público, la nueva orientación constitucional impone al legislador ordinario un replanteamiento de los confines reservados, hasta ahora, a la competencia exclusiva de los aparatos administrativos, además de los límites que, en función de la tutela de los intereses públicos o generales, la ley ha impuesto históricamente a la autonomía de

<sup>476</sup> Así, por ejemplo la autonomía privada no podría utilizar los tipos de las sociedades de capital para una causa diversa de la finalidad de lucro, al ser dichas sociedades incompatibles con la persecución de finalidades ideales o altruistas propias de otros tipos asociativos, como fundaciones y asociaciones, excepto que una ley autorizara a los particulares a constituir sociedades casualmente caracterizadas por la ausencia de lucro subjetivo y por la persecución de finalidades de interés general. Sería el caso de las sociedades deportivas de amateurs, que pueden constituirse como sociedades de capital sin finalidad de lucro, con la previsión, de que en caso de disolución, el patrimonio sea devuelto para fines deportivos y la obligatoria gratuidad de los cargos de los administradores (artículo 90 de la Ley de 27 de diciembre de 2002, núm. 289, llamada Ley Financiera para el 2003, y del esquema del reglamento de actuación aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de septiembre, de 2003).

<sup>477</sup> Alvisi, C., “Commento all’articolo 7”, en Cavalieri, P.; Lamarque, E., *L’attuazione del nuovo titolo V, parte seconda della Costituzione, Commento alla legge “La logia”* (Legge 5 giugno 2003, n. 131), *cit.*, p. 189.

<sup>478</sup> Antonini, L., “Sussidiarietà e modelli di Welfare tra crisi dello Stato nazionale e federalizing process”, *Il Nuovo Areopago*, 2002, Volumen 1, pp. 59 y ss.

los particulares y a los instrumentos que estos utilizan para el cuidado de sus intereses particulares.

Teniendo en cuenta que una concreta manifestación de la autonomía negocial es la libertad de asociarse y que los entes disciplinados en el libro I del código civil representan el normal instrumento de autonomía de los particulares para el desarrollo de actividades de interés general, se observa que el principio de subsidiariedad horizontal, introducido en el artículo 118.4 de la Constitución italiana, produce implicaciones, no menos relevantes, en el tema de las formaciones sociales, permitiendo una lectura evolutiva del artículo 18 de dicha Constitución que vaya más allá de la literal protección, en los límites de lo lícito, de los fines perseguidos por las organizaciones sociales y que consiste en potenciar la labor desarrollada por estos mediante las aportaciones directas o indirectas de los socios o terceros. De este modo, se produce una gradual, pero inexorable, retirada del Estado en la conducción directa de actividades no esenciales,<sup>479</sup> al recurrirse a módulos privatistas para una gestión más ágil y eficaz de la pública administración.<sup>480</sup>

Recapitulando sobre el alcance y significado del principio de subsidiariedad horizontal, el Consejo de Estado<sup>481</sup> ha precisado que dicho principio permite entender el concepto de autonomía privada bajo un prisma muy amplio, dándole un alcance prioritario no sólo cuando se oriente a la realización de necesidades individuales, sino también cuando persiga finalidades de utilidad general, configurando espacios autónomos de tutela en favor de

<sup>479</sup> Las materias catalogadas, grosso modo, como de competencia estatal son las incluidas en el artículo 117.2 Constitución italiana, como la tutela de la competencia (letra e); la definición de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales que deben estar garantizados en todo el territorio nacional (letra m); la determinación de las funciones fundamentales de los municipios, provincias y ciudades metropolitanas (letra p); la tutela del ambiente, del ecosistema y de los bienes culturales (letra s).

<sup>480</sup> Tarasco, A. L., “Pubblico e privato nei beni culturali; l’articolo 33 della Finanziaria 2002 alla prova della sussidiarietà”, *Corriere Giuridico*, 2002, núm. 6, p. 818; *Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi*, cit., p. 2615.

<sup>481</sup> Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, *ibidem*, p. 2634.

los particulares —ya sean individuales o colectivos— en sectores reservados, hasta ahora, a la competencia exclusiva de los aparatos administrativos.<sup>482</sup> Siguiendo en el ámbito constitucional y con relación a la tendencia, siempre presente en dicho ámbito, a reconocer y garantizar mayores espacios de libertad a los entes jurídicos, la Corte Constitucional se ha pronunciado recientemente a través de dos importantes sentencias en el tema de las llamadas fundaciones bancarias:<sup>483</sup> SS. Corte Cost. 300/2003 y

<sup>482</sup> Sobre la subsidiariedad horizontal, entre otras muchas contribuciones de la doctrina, se puede consultar: D'Atena, A., "Costituzione e principio di sussidiarietà", *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 2001, pp. 13 y ss.; Antonini, L., "Il principio di sussidiarietà orizzontale da Welfare state a Welfare society", *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2000, t. I, pp. 99 y ss.; Frosini, T. E., "Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale", *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, núm. 1, 2000, pp. 15 y ss.; Pastori, G., "La sussidiarietà 'orizzontale' alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative", en Rinelli, A. et al. (coords.), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padua, CEDAM, 1999, pp. 169 y ss.; Duret, P., "La sussidiarietà 'orizzontale': le radici e le suggestioni di un concetto", *Juristische schulung*, núm. 3, 2001, pp. 95 y ss.

<sup>483</sup> En el ordenamiento jurídico italiano el proceso de privatización de la banca pública y la modernización del sistema bancario italiano se ha llevado a cabo a través de las fundaciones de origen bancario creadas por el decreto legislativo del 20 de noviembre de 1990, núm. 356 (*Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio*) que ha desarrollado la llamada Ley Amato de 30 de julio de 1990, núm. 218 (*Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico*), en virtud de la cual los Institutos de crédito de derecho público y cajas de ahorro debían proceder a una reestructuración mediante fusiones con otros entes de cualquier naturaleza (también privada) o transformaciones de las que resultasen sociedades por acciones operantes en el sector del crédito, y por tanto se escindieran en dos entidades distintas: de un lado una sociedad anónima, la sociedad bancaria conferitaria y, de otro lado, un ente que aportase a dicha sociedad la empresa bancaria, el llamado ente conferente, o bien la fundación bancaria. El objetivo institucional de todas las fundaciones bancarias se debía manifestar, fundamentalmente, en la distribución gratuita de rentas procedentes del propio patrimonio en la actividad de las organizaciones non profit, operando, bien mediante la asignación de sumas a favor de proyectos seleccionados, o mediante la gestión directa y autónoma de iniciativas solidarias, siendo la finalidad que se proponía esta normativa la de estimular una parte importante del sistema crediticio italiano y aumentar su eficacia y competitividad para colocarlo en situación de afrontar

301/2003,<sup>484</sup> en las que se han planteado sendos juicios de legiti-

la competencia que comportaba la apertura de los mercados financieros en el ámbito europeo. Con la creación de las fundaciones se inventó un sujeto distinto en relación con el que los administradores de los bancos fuesen responsables evitando, al mismo tiempo, para los Institutos de crédito público que el Ministerio del Tesoro, al que le corresponde institucionalmente el poder de dirección en la política del crédito y de la finanza, asumiese, también, el papel de único accionista de los mayores Institutos. El proceso de privatización se vio alentado con la aprobación de una normativa dirigida a estimular la transmisión de las acciones de la sociedad conferitaria de la que era titular el ente conferente destacando, en este sentido, el decreto-ley del 31 de mayo de 1994, núm. 332 (*Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*), convertido, con algunas modificaciones, en la Ley del 30 de julio de 1994, núm. 474 y la directiva del ministerio del tesoro del 18 de noviembre de 1994, que estableció un procedimiento de *dismissioni delle partecipazioni da deliberare da parte degli enti conferenti*, y, fue finalmente, consumado con la Ley del 23 de diciembre de 1998, núm. 461 y el sucesivo decreto legislativo del 17 de mayo de 1999, núm. 153, que ordenan la disciplina civilista y fiscal de los entes conferentes a los que se refiere el artículo 11.1 del decreto legislativo del 20 de noviembre de 1990, núm. 356 y la disciplina fiscal de las operaciones de reestructuración bancaria. Con esta normativa, todos los entes conferentes, hasta ahora entes públicos, son designados con el término de fundaciones y definidos como personas jurídico privadas sin finalidad de lucro y que, dotados de plena autonomía estatutaria y de gestión, persiguen únicamente finalidades de utilidad social, aunque quedan sometidos a importantes controles por parte de la Autoridad de vigilancia. El artículo 11 de la Ley financiera de 2002, (la llamada “reforma Tremonti”) con la adopción, entre otras, de medidas como la necesidad de que la representación de los entes territoriales debe tener la mayoría en el órgano de dirección de las fundaciones, ha supuesto un mayor y más invasivo control estatal y de las instituciones territoriales en la autonomía fundacional, a la vez que ha limitado las hipotéticas finalidades y actividades de la fundación, llevando a cabo una nueva definición de los sectores admitidos dentro de los que se pueden realizar. La pronta reacción por parte del *Acri* (Asociación que representa 85 de las 89 fundaciones bancarias), del mundo del tercer sector y de parte de la sociedad civil a lo que a muchos les ha parecido una maniobra para manipular el ingente tesoro de las fundaciones bancarias (que a finales de 2003 se elevaba a 38 mil millones de euros), ha encontrado el parecer favorable de la jurisprudencia del Consejo de Estado (con dos sucesivos dictámenes del 10 y 25 de febrero de 2003) y de la Corte Constitucional mediante las sentencias citadas del 29 de septiembre 2003, núms. 300 y 301.

<sup>484</sup> Publicadas ambas en la *Gazzetta Ufficiale* del 8 de octubre de 2003. Para el comentario de la sentencia del 29 de septiembre de 2003, núm. 300. Rossi,

midad constitucional sobre la reforma de la disciplina de las fundaciones de origen bancario operada por medio de la mencionada Ley presupuestaria para el 2002, núm. 448, promovidos por algunas de las más importantes fundaciones bancarias italianas, que han reclamado la plena autonomía estatutaria y de gestión reconocida a tales entidades, y por algunas regiones de Italia que sostienen que las disposiciones de las leyes estatales impugnadas atentan contra la competencia legislativa regional.

En dichas sentencias la Corte Constitucional (que ha determinado la efectiva inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones indicando, en otros casos, que la interpretación de la normativa ha de hacerse en sintonía con las directrices constitucionales), ha afirmado el carácter esencialmente privado de las fundaciones bancarias, por lo que, al estar incluidas en el “ordenamiento civil”, la potestad legislativa corresponde en exclusiva al Estado, según el artículo 117.2 de la Constitución (sentencia núm. 300, Considerato in diritto núm. 6.1). Dicha definición como “personas jurídico privadas, dotadas de plena autonomía estatutaria y de gestión; el reconocimiento del carácter de la utilidad social a los fines por ellas perseguidos; la precisión de (...) que, cualesquiera que sean las actividades efectivamente desarrolladas por las fundaciones, quedan firmes las obligaciones y funciones atribuidas por las leyes a otras instituciones”, colocan —también en consideración de cuanto dispone ahora el artículo 118.4 de la Constitución—, a las fundaciones de origen bancario entre los sujetos de las organizaciones de la “libertad social”, no de las funciones públicas, por tanto, dentro de los límites y controles compatibles con tales características (sentencia núm. 300, Considerato in diritto, núm. 7). De este modo, una vez que obtengan “el reconocimiento como personas jurídicas de derecho

G. y Gruner, G., “Le fondazioni di origine bancaria tra pubblico e privato”, *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 5, 2003, pp. 2603 y ss., y en pp. 2606 y ss., respectivamente, y para la sentencia del 29 de septiembre de 2003, núm. 301; Atelli, M., “Credito e risparmio nella costituzione riformata”, *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 6, 2003, pp. 2648 y ss. y 3949 y ss., respectivamente.

privado no se diferencian sino por la entidad de su patrimonio, de cualquier otra fundación privada, así que en sus relaciones no se justifica una disciplina diversa de la aplicable en las relaciones de cualquier otro sujeto de las organizaciones de la libertad social (Sentencia Corte Cost. del 29 de septiembre de 2003, núm. 301)”.<sup>485</sup>

En definitiva, con estas sentencias la Corte Constitucional ha sancionado el fundamento constitucional del derecho de fundación que no aparece contemplado en el texto constitucional, reconociendo, al lado de los principios de autonomía de gestión y estatutaria, los de “libertad de autodeterminación de las fundaciones en el desarrollo concreto de sus actividades” y el de “libertad en la composición de sus propios órganos”, advirtiendo que “las normas, necesariamente con rango de ley, que disciplinen la posible intervención del poder público en la vida de la fundación tendrán que tener en cuenta tales principios y no podrán comprimirlos injustificadamente so pena de violar la Constitución”.<sup>486</sup>

Para adecuar el sistema normativo a lo declarado por la Corte Constitucional se ha promulgado un nuevo reglamento sobre fundaciones de origen bancario contenido en el decreto del 18 de mayo de 2004, núm. 150,<sup>487</sup> efectivamente más respetuoso con la autonomía de dichas fundaciones.

<sup>485</sup> Nuzzo, M., “Autonomia e regole nel progetto di riforma della disciplina delle persone giuridiche”, en Osorio Serrano, M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, cit., p. 148.

<sup>486</sup> Fernández del Moral, L., “Evolución de la personalidad jurídica en Italia”, *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, cit., pp. 157 y 158.

<sup>487</sup> Publicado en la Gazzetta Ufficiale del 16 de junio de 2004. Para un estudio más profundo de la cuestión se pueden consultar: Nuzzo, M. (dir.), *Le fondazioni bancarie (commento alla legge 23 dicembre 1998, núm. 461; al d. lgs. 17 maggio 1999, núm. 153; all'atto di indirizzo del Ministero del Tesoro, 5 agosto 1999)*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000; Merusi, F., *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Turín, Giappichelli, 2000; Atelli, M.: “Le fondazioni di origine bancaria fra transizione infinita verso il diritto privato e innovazioni dell’ordinamento regionale in materia creditizia”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, tomo VI, pp. 4183 y ss.; Clarich, M.; Pisaneschi, A., “Finanziaria 2002. La riforma delle fondazioni bancarie”, *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 3, 2002,

## VI. PERSPECTIVA DE FUTURO: LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO EN MATERIA DE PERSONAS JURÍDICAS

En páginas anteriores de este trabajo ha quedado reflejado cómo la disciplina de los entes jurídicos en Italia ha sufrido, fundamentalmente en la última década, diversas y profundas reformas, pero todas ellas de carácter fragmentario, sin que, por el momento, se haya acometido una revisión global que afecte al régimen jurídico general de las personas jurídicas contenido en el título II del libro I del código civil.

El profesor Nuzzo ha precisado con gran claridad que a la hora de acometer una reforma de esta materia es preciso llevar a cabo una elección. La primera posibilidad consiste en realizar una disciplina orgánica y unitaria de la forma jurídica de los entes non profit, y, por tanto, englobando también a los entes regulados en las leyes especiales, mediante una modificación del título II del libro I c.c. Por el contrario, la segunda se orienta a una reordenación del sector, mediante la emanación de un “código de la persona jurídica”, que comportaría llevar fuera del c.c. la entera disciplina de derecho común que confluiría en el nuevo texto, colocándose al lado de las disciplinas particulares de las llamadas figuras especiales. Las consecuencias de decantarse por una u otra opción no son indiferentes, pues

pp. 334 y ss.; Mariconda, V., “Fondazioni bancarie: controriforma?”, *Corriere giuridico*, núm. 2, 2002, pp. 145 y ss.; Gentili, A.: “La riforma delle fondazioni di origine bancaria”, *Rivista di Diritto Civile*, 1999, II, pp. 399 y ss.; Ponzanelli, G., “Le fondazioni bancarie tra libertà e controllo (Comm. a d. lgs. 17 maggio 1999, n. 153)”, *Corriere giuridico*, 1999, pp. 207 y ss.; Zoppini, A., “La legge sulle c.d. fondazioni bancarie”, *Corriere Giuridico*, núm. 4, 1999, pp. 407 y ss.; Mezzasoma, L., “Alcune riflessioni sulla costituzionalità della vigente disciplina in materia di fondazioni bancarie”, *Vita notarile*, 2001, II, pp. 1000 y ss.; Nuzzo, M., “Collaborazione dialettica e separazione funzionale delle competenze per gli organi delle fondazioni”, *Terzo settore*, núm. 9, 2001; Palazzo, A., “Le fondazioni bancarie nel sistema delle persone giuridiche”, *Vita notarile*, 2001, I, pp. 581 y ss.; De Giorgi, M. V., “Capitolo XI. La legislazione speciale”, en Lipari, N., Zoppini, A. (coords.), *Diritto Civile*, cit., pp. 484 y ss.

la elección de la primera implica dar unidad a los entes non profit y estabilidad a la disciplina civilística del sector, dejando a la normativa fiscal la diferenciación del tratamiento tributario. En cambio, ejecutar la segunda elección entraña mantener la diversidad, aunque bajo el perfil civilístico, multiplicando de este modo las figuras jurídicas y las disciplinas particulares, con los consiguientes problemas que ello comporta.<sup>488</sup>

A pesar de la importancia asumida por el non profit en el ordenamiento jurídico italiano, la disciplina general del Código civil no ha sido modificada desde 1942, ya que gran parte de las reformas realizadas hasta hoy lo han sido de manera episódica, limitándose a derogar algunos de los preceptos de dicho texto legal (de momento han sido canceladas una sexta parte de las normas dedicadas, en conjunto, a las personas jurídico privadas). Algunas de las reformas, muy apreciables, como la del reconocimiento de la personalidad jurídica, se han realizado con la finalidad instrumental de lograr una simplificación en el procedimiento administrativo y, por tanto, no han operado una reforma sistemática de la materia.

No obstante, los últimos movimientos legislativos observados a nivel general en los ordenamientos internos de los principales países miembros de la Unión Europea,<sup>489</sup> como, particularmente, en el propio derecho positivo italiano convierten la mencionada reforma en un reto insoslayable. Así, la reciente modificación del derecho societario en el 2003 ha confirmado que muchos de los presupuestos históricos acogidos por el código civil del 42 para la reglamentación de las personas jurídicas y de las asociaciones no reconocidas están ahora definitivamente superados,<sup>490</sup> plan-

<sup>488</sup> Nuzzo, M., “Riflessioni sulla riforma del titolo II del libro I del codice civile”, en *federalismi.it*, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, núm. 19, 2006.

<sup>489</sup> Para un análisis de estas reformas véase Nuzzo, M., “Autonomia e regole nel progetto di riforma della disciplina delle persone giuridiche”, en Osorio Serrano, M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, cit., pp. 137 y ss.

<sup>490</sup> El profesor Nuzzo ha recordado que la propia Comisión encargada de redactar el texto de reforma de la Sociedad comercial ha puesto de manifiesto “la necesidad de una reforma de la disciplina del sector non profit, revisando la

teamiento que se ha visto reforzado con la aparición del decreto legislativo de 2006 que permite para estos entes el ejercicio de la empresa social. Por otro lado, como consecuencia de la derogación del artículo 17 c.c. por obra del artículo 13 de la Ley del 15 de mayo de 1997, núm. 127, y de la modificación de los artículos 600 y 786 del c.c. en virtud del artículo 1.1 de la Ley del 22 de junio de 2000, núm. 192, la única diferencia que separa a los entes personificados de aquellos que no lo son consiste en la limitación de la responsabilidad jurídico-patrimonial para los que han actuado en nombre y por cuenta del ente personificado. La proliferación de legislaciones especiales que se ha producido en este ámbito a partir de los años 90 aconseja, más bien, impone, la necesaria coordinación de la regulación general contenida en el Código civil con dicha legislación a fin de evitar que la disciplina de derecho común quede relegada a regular “fenómenos marginales allí donde los estatutos especiales realizan una disciplina detallada”,<sup>491</sup> cuando la función del Código civil consiste en aportar “modelos neutros, adaptables a todo tipo de actividades y de fines, siempre que no sean de lucro, suministrando (...) una especie de disciplina general de los entes non profit que se aplicará a las múltiples variedades de organizaciones creadas por las leyes especiales, combinándose con ellas, en el caso de que no prevean diversamente”.<sup>492</sup> Finalmente, la implantación constitucional del principio de subsidiariedad determina que la disciplina codicística en materia de personas jurídicas haya de ser revisada a la luz de dicho principio.

A pesar de no haberse logrado la esperada reforma, no se ha dejado de trabajar en esta dirección, tanto desde instancias

normativa general sobre las asociaciones y las fundaciones en el cuadro de una regulación total del tercer sector”. *ibidem*, p.135.

<sup>491</sup> Nuzzo, M., “Autonomia e regole nel progetto di riforma della disciplina delle persone giuridiche”, en Osorio Serrano, M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, cit., p. 136.

<sup>492</sup> De Giorgi, M. V., “Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali”, cit., pp. 287 y ss.

públicas como privadas, siendo varios los intentos que se han realizado en este sentido, alentados también por la doctrina civilista italiana,<sup>493</sup> que tomó la iniciativa, sobre todo a través del Convenio relativo a la reforma del libro I del Código civil que, con el patrocinio de la Banca de Roma, fue organizado en dicha ciudad en marzo de 1993<sup>494</sup> por el grupo de Estudio Sociedad e Instituciones, presidido por Pietro Rescigno.<sup>495</sup>

<sup>493</sup> Sobre el tema se pueden consultar, además de los ya citados: Rescigno, P.(coord.), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, CEDAM, Padua, 1989; Galgano, F., "Le associazioni. Le fondazioni. I comitati", en Galgano, F. (coord), *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, cit.; Ponzanelli, G., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, cit.; Fusaro, A., "Gli enti del primo libro: dal Codice civile alle riforme annunciate", *Vita notarile*, 2000, t. III, pp. 1226 y ss. y Fusaro, A., "La riforma del diritto delle associazioni", cit., pp. 2427 y ss.; Basile, M., *Gli enti "di fatto"*, *Trattato di Diritto privato*, cit., pp. 463 y ss.; Preite, D., "Il settore delle fondazioni", en Varios autores, *Gli enti non profit. Nuove figure e nuove problematiche*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 103 y ss.; Zoppini, A., *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Nápoles, Jovene, 1995; Marasá, G., "Riflessioni su oggetto e scopi delle associazioni del libro I codice civile nelle prospettive di riforma", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, vol. II, 2001, pp. 303 y ss.

<sup>494</sup> Con anterioridad a esta iniciativa se habían preparado otros proyectos, en este sentido: la Fundación Adriano Olivetti (que en sus *Quaderni* había publicado varias investigaciones sobre el tema de las fundaciones y organizaciones *non profit*: en 1989 Marina y Pierre Schneider, "*Les fondations culturelles en Europe*" y en 1990 Maria Chiara Bassanini y Pippo Ranci, "*Non per profitto. Il settore dei soggetti che erogano servizi di interesse collettivo senza fine di lucro*"); la Fundación Napoli Novantanove (que promovió en 1989 el volumen colectivo *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cargo de Pietro Rescigno, libro que se ha convertido en un punto de referencia en la materia) y el I.R.S. (*Istituto per la Ricerca Sociale*), que en 1990 inició una amplia investigación sobre el tercer sector en Italia, una indagación internacional coordinada por la John Hopkins University. A su vez, al Convenio de marzo de 1993 le han seguido los de noviembre de 1994, organizados por la Fundación Agnelli en Turín y después por la Universidad Bocconi en Milán.

<sup>495</sup> Las líneas directrices de una posible reforma del libro I del código civil elaboradas por dicho grupo de estudios se plasmaron en casi un decálogo de principios (que fueron publicados por primera vez en "*Il Sole-24 ore*", en la primera página ad hoc del número de 15 de febrero de 1994 y, posteriormente, junto con todas las contribuciones aportadas por los diferentes autores, en el volumen publicado a cargo del mencionado grupo de estudios con el título de *Fondazione e associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*,

La instancia reformista ha sido recogida, en sede institucional, en la primera mitad de la década de los noventa por la Comisión presidida por el doctor Sabino Cassese, ministro de la función pública del gobierno Ciampi, que realizó un primer esquema de regulación con respecto a las personas jurídicas. Dicho esquema no culminó en la correspondiente disposición legislativa<sup>496</sup> ya que, a pesar de comportar una reforma relevante del cuadro normativo vigente a la sazón pasando del sistema concesorio de reconocimiento de la personalidad jurídica al sistema

Rimini, 1995, pp. 243 y ss.) que se sintetizan en los siguientes puntos: 1. Las asociaciones y las fundaciones no pueden, de ninguna manera, distribuir ganancias a los asociados o al fundador; 2. Si el ente ha desarrollado una actividad de empresa o ha recibido donaciones, el patrimonio que quede después de la liquidación no puede ser devuelto a los socios o al fundador; 3. Las asociaciones y las fundaciones adquieren la personalidad jurídica mediante la inscripción en el correspondiente registro instituido en el tribunal; 4. El ente reconocido como persona jurídica responde de las obligaciones solamente con su patrimonio; 5. Las asociaciones y las fundaciones gozan de plena capacidad y no tienen necesidad de autorización gubernativa o judicial para realizar adquisiciones por cualquier título; 6. Las asociaciones y fundaciones pueden desarrollar una actividad de empresa y, en el caso de que desarrollen actividades comerciales, están sujetas al relativo estatuto (de empresario comprensivo de la obligación de llevar la correspondiente contabilidad y de la sujeción a la quiebra); 7. El acto constitutivo de una asociación que tenga más de (...) adherentes (o bien desarrolle su actividad en varios municipios) puede prever que la asamblea se constituya por delegados elegidos por asambleas parciales; 8. Los administradores de las asociaciones están obligados a dar a los asociados toda la información que permita la plena realización de la participación asociativa.

<sup>496</sup> El esquema presentaba las siguientes disposiciones: 1. La personalidad jurídica de las asociaciones y fundaciones se adquiere a través de la inscripción en el registro regulado en el artículo 33 del c.c.; 2. Corresponde al presidente del tribunal ordinario la inscripción en el registro, previo el juicio de homologación; 3. Las adquisiciones de inmuebles y las aceptaciones de donaciones o herencias deben ser comunicadas a la autoridad judicial y tienen eficacia transcurridos treinta días desde la comunicación, salvo procedimiento motivado de suspensión; 4. Todas las obligaciones de control de la persona jurídica y de gobierno del sector (coordinación de actividades o unificación de administración de varias fundaciones) se atribuyen a la autoridad judicial; 5. Quedan derogadas, expresamente, varias normas contenidas en el código civil y en otras leyes, así como "todas las demás normas, también leyes, incompatibles con el nuevo reglamento".

normativo (de ahí que la atribución de la competencia se desplazase de la autoridad gubernativa a la judicial), fue objeto de críticas, sobre todo, por la eliminación de las competencias regionales y la atribución, en forma genérica, de demasiadas competencias a la autoridad judicial, recibiendo también el dictamen contrario del Consejo de Estado. El segundo esquema de regulación que el gobierno Ciampi deliberó en Consejo de Ministros y el Departamento para la función pública presentó al examen de la Cámara de la XII Legislatura mantenía la lógica del reconocimiento de tipo normativo y no concesorio, restituyendo la competencia de la comprobación de las condiciones para la constitución de la persona jurídica a la autoridad administrativa, pero fue también vetado por el Consejo de Estado al incidir sobre el régimen sustancial de las personas jurídicas, arrogándose el gobierno competencias para las que no estaba facultado.<sup>497</sup>

Al final de la segunda mitad de la década de los noventa, el ministro de Justicia constituye, con decreto de 13 de abril de 1999, una Comisión de estudios presidida por el doctor Luigi Rovelli con el encargo de proceder a una revisión sistemática del derecho comercial y, en particular, a una revisión del derecho de empresa, según las líneas inspiradoras del derecho comunitario y en armonía con las exigencias evolutivas del sistema económico y social.

El ministro de Gracia y Justicia al otorgar tal mandato señaló, explícitamente, “la exigencia de reglamentar, también en relación a la actividad de empresa, la realidad del llamado tercer sector (non profit) revisando la normativa general sobre las asociaciones y las fundaciones”, lo que ha propiciado que se constituyera un subgrupo (grupo II B Asociaciones, fundaciones, Onlus non profit, coordinado por la profesora G. e integrado por G. Alpa, G. Marziale, B. Quatraro, E. Roppo y A. Patti) con la finalidad de predisponer una propuesta de revisión del título II

<sup>497</sup> Ristuccia, S., “Riprendere la via legislativa dopo il tentativo di riforma regolamentare del 1994”, en Gruppo di studio Società e istituzioni (coord.), *Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma del I libro del codice civile*, Rimini, Maggioli, 1995, pp. 19 y ss.

del libro I del Código civil, que nace “de la necesidad de adecuar la disciplina del derecho común a la emersión de fenómenos asociativos de notable relevancia social y de una exigencia de coordinación entre el Código civil y la legislación especial del sector”.<sup>498</sup>

El mencionado subgrupo ha tenido en cuenta en la realización de sus trabajos el debate doctrinal, los modelos extranjeros, en particular los ordenamientos francés y americano, la evolución de la jurisprudencia en Italia y las indicaciones emergentes de la legislación especial, destacando en el texto de su propuesta de reforma<sup>499</sup> los siguientes puntos:

- Identifica tanto el objeto como el fin de las asociaciones, circunscribiendo este último a la persecución de fines ideales y no lucrativos (artículo 12.1, del Código civil en la nueva versión). En cuanto al objeto, se consagra la posibilidad para las asociaciones de desarrollar actividades económicas,<sup>500</sup> colmando así el silencio del actual Código civil sobre este punto al establecer: “se pueden desarrollar actividades económicas con la condición de que no

<sup>498</sup> La cita, junto con las palabras del ministro de Justicia, se contiene en el alegato 1 de la relación al esquema de diseño de ley para la revisión del libro I, título II del código civil, que, a su vez, junto con la propuesta, ha sido publicado en el apéndice al volumen a cargo de Carusi, D., *Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate*, cit., pp. 161 y ss. Asimismo, el articulado de la Comisión Rovelli sobre la reforma de los entes del libro I del c.c. se puede encontrar, junto con la relación de acompañamiento en la página de Internet: [www.giustizia.it/studierapporti/all1rovelli.htm](http://www.giustizia.it/studierapporti/all1rovelli.htm).

<sup>499</sup> El texto del proyecto se puede encontrar en el apéndice de las actas del Convegno di studi in onore di Pietro Rescigno, *op.cit.*, pp. 184 y ss. Comentarios a tal propuesta se contienen en: Marasá, G., “Riflessioni su oggetto e scopi delle associazioni del libro I cod. civ. nelle prospettive di riforma”, cit., pp. 303-310; Rascio, R., “Gli enti del libro primo. Dalla moltitudine dei modelli speciali ai tipi del codice”, *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Giuffrè Editore, 2006, t. I, pp. 631-654.

<sup>500</sup> Marasá señala que no deja de ser significativo que la propuesta de revisión esté enmarcada dentro de las labores de la Comisión ministerial encargada de una revisión sistemática del derecho comercial, concretamente, del derecho de empresa, de modo que “el desarrollo de actividades por parte de los entes a reformar más que una novedad es una premisa del debate”, *ibidem*, p. 304.

se distribuyan, ni siquiera de forma indirecta, ganancias o sobrantes de gestiones, ni fondos, reservas o capitales” (artículo 12.4, n. v.)<sup>501</sup> y que “es actividad económica la que se organiza con gestión a propio riesgo y es idónea para cubrir los costes con las rentas de la actividad misma” (artículo 12.5, n. v.).<sup>502</sup>

- Añade un segundo inciso al actual artículo 13 del Código civil, en el que, recogiendo la tesis según la cual el ejercicio de una actividad empresarial por parte de uno de los entes regulados en el libro I del Código civil comporta para el mismo la sujeción al estatuto del empresario comercial, a la disciplina del registro de la empresa y a la

<sup>501</sup> Una vez que se admitió pacíficamente, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, la posibilidad de que los entes morales pudieran desarrollar actividades económicas y empresariales (véase entre otros: Galgano, F., “Le associazioni. Le fondazioni. I comitati”, en Galgano, F. (coord), *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, cit., p. 23; Marasá, G., “Attività imprenditoriale e scopi mutualistici nelle associazioni del primo libro del Codice Civile”, en Gruppo di Studio Società e Istituzioni, *Fondazioni e Associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, Rimini, Maggioli, 1995, pp. 189 y ss.; Campobasso, G. F., “Associazione e attività d’impresa”, cit., pp. 583 y ss. Entre las decisiones jurisprudenciales más relevantes en este sentido se pueden citar desde la temprana *S. Cass* del 14 de octubre de 1958, núm. 3251, *Foro italiano*, 1958, I, c. 1617 hasta la *S. Cass.* del 18 de septiembre de 1993, núm. 9589, *Foro italiano*, 1994, I, c. 3504, que ha sido profusamente comentada: por Patané en dicha revista; en *Giustizia civile*, 1994, I, p. 65 por Lo Cascio; *Diritto fallimentare*, 1994, p. 436, con observaciones de Ragusa Maggiore; en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1995, p. 309, con nota de Porrari; en *Il Fallimento*, 1994, pp. 156 y ss., por Napoleoni), la prohibición de lucro subjetivo señala la línea divisoria entre los entes del libro I y los entes colectivos societarios del libro V del c.c. Como se sabe, dicha aspiración doctrinal y jurisprudencial ha encontrado la adecuada cristalización legislativa en el, tantas veces mencionado, decreto legislativo 155/2006, que disciplina la empresa social.

<sup>502</sup> Las referencias a la asociación se extienden a “las fundaciones, los comités, las organizaciones de voluntariado y otras instituciones de carácter privado o público” (artículo 12.3, n. v.) a los que se define como “organizaciones que se constituyen para” la mencionada persecución de “fines ideales y no lucrativos” (artículo 12.1, n. v.) y a los que se atribuye la titularidad de “situaciones jurídicas” pudiendo “ser dotados de un patrimonio propio” (artículo 12.2, n. v.).

del procedimiento concursal, se establece: “los entes, diversos de la sociedad, que desarrollen profesionalmente actividades económicas están también sujetos a la disciplina de la empresa según el libro V y leyes complementarias, si se dan los correspondientes presupuestos”.<sup>503</sup>

- Por lo que respecta a los controles, de entre las diversas opciones barajadas: ningún control sobre las adquisiciones y sobre el desarrollo de la gestión; controles (administrativos) sólo sobre la efectiva devolución de los fondos recogidos para los fines anunciados; control judicial sólo para las organizaciones que presten servicios y disfruten de privilegios fiscales; institución de un órgano interno de control (del tipo del colegio sindical) para los entes dotados de un gran patrimonio; una forma generalizada de control judicial en la gestión de los entes non profit sobre el modelo de lo establecido en el artículo 2409 del Código civil, en el ámbito del derecho societario, la Comisión Rovelli ha optado por este último.<sup>504</sup>

<sup>503</sup> La Comisión se hizo eco, de este modo, del consolidado fenómeno, en aquella época anterior a la aprobación del decreto 155/2006, del ejercicio de actividades empresariales por parte de los entes morales, recogido también por la jurisprudencia en diversas decisiones (*Comisione Rovelli: “Legenda allo schema di disegno di legge per la revisione del libro I, titolo II, del Codice civile”*, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), Roma, 2000, p. 68, reenvía a la S. Tar Umbria, el 27 de abril de 1982, para una hipótesis en la que a una fundación se le califica como empresario agrícola a título principal, y, al mismo tiempo, disfruta de las exenciones previstas por las leyes para tales categorías de sujetos. También, recuerda que la jurisprudencia estima unívocamente aplicable a los entes sin finalidad de lucro la legislación dirigida a tutelar la libre concurrencia en el ejercicio de la actividad de empresa —entre otros en la S. Corte de Apelación de Milán del 25 de septiembre de 1995 y S. Trib. Nápoles del 21 de junio de 1995—).

<sup>504</sup> La nueva versión propuesta para el artículo 17 del Código civil establece: “Si existen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores o de los síndicos, o sobre la efectiva devolución de los fondos recogidos para los fines anunciados, los asociados que representen una décima parte de la asamblea pueden denunciar los hechos al tribunal. El tribunal, escuchados en cámara de consejo, los administradores y los síndicos, puede ordenar la inspección de la administración del ente a costa de los requi-

- Respecto a las asociaciones, teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial que ha extendido las normas predispuestas para las asociaciones reconocidas a las no reconocidas, se inserta en el artículo 36, en la redacción dada por la Comisión, un inciso donde se reenvía a las disposiciones relativas a las personas jurídicas reconocidas en cuanto que sean compatibles,<sup>505</sup> incluyendo también en el mismo artículo otro nuevo apartado donde se otorga a todos los asociados el “derecho de participar en la vida de la asociación y obtener la adecuada información” (artículo 36.6, n. v.).
- En el artículo siguiente se ha optado por la sustitución del término vigente “fondo común” por el de “patrimonio de la asociación” para evidenciar mejor que las contribuciones de los asociados constituyen un patrimonio

rentes, subordinándola, si se da el caso, a la prestación de una caución. Si las irregularidades denunciadas subsisten, el tribunal puede disponer los oportunos procedimientos cautelares y convocar la asamblea para las consiguientes deliberaciones. En los casos más graves puede revocar a los administradores y a los síndicos y nombrar un administrador judicial determinando los poderes y la duración. El administrador judicial puede proponer la acción de responsabilidad contra los administradores y los síndicos. Antes de la terminación de su encargo el administrador judicial convoca y preside la asamblea para el nombramiento de los nuevos administradores y síndicos o para proponer, llegado el caso, la liquidación del ente. Las medidas previstas por este artículo pueden ser adoptadas, también, a petición del ministerio público, tanto para las asociaciones como para las fundaciones, y en este caso los gastos para la inspección son a cargo del ente”. Quaranta manifiesta su conformidad con la solución adoptada en la medida en que arbitra una forma de control (mínimo) válida para cada tipo de ente colectivo, pero no está de acuerdo en que la atribución de tal control quede en manos de la autoridad judicial en vez de en la administrativa. Quaranta, A., *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, cit., p. 151.

<sup>505</sup> En efecto, el artículo 36 es el primero de los comprendidos en el capítulo III del nuevo texto propuesto por la Comisión, que lleva por título “De las asociaciones no reconocidas y los comités”, estableciéndose en el apartado 4: “para todo lo no previsto en el contrato asociativa se aplican, en cuanto sean compatibles, las disposiciones contenidas en el capítulo precedente” (capítulo II, que lleva por rubrica “De las asociaciones, de las fundaciones y otros entes reconocidos”).

autónomo del ente y, con respecto a las responsabilidades asumidas en nombre y por cuenta de la asociación, el artículo 38, en la versión dada por el grupo de trabajo, hace responsables, junto a las personas que han actuado en nombre de la asociación, también a los administradores que han participado en la correspondiente deliberación, salvo que hayan hecho constar su disenso.

- Acogiendo la solución sugerida por el profesor Galgano,<sup>506</sup> admite la figura de las fundaciones de hecho, insertándolas en el artículo 42-bis de la propuesta de reforma, según el cual: “los artículos 38, 40 y 42 se aplicarán, en cuanto sean compatibles, a las fundaciones no reconocidas como personas jurídicas”.
- Para los comités se prevé su posible transformación en fundaciones cuando aquellos promuevan, para la gestión de los fondos recogidos y para su destino al fin anunciado, el reconocimiento de la personalidad jurídica.
- Finalmente, en cuanto a los títulos, la rúbrica del título II del Código civil ha sido corregida añadiendo a la expresión “De las personas jurídicas”, la de “los entes no reconocidos” y además, dejando intactas las del capítulo I (Disposiciones generales) y la del capítulo III (De las asociaciones no reconocidas y de los comités), el capítulo II se ha retocado para englobar la nueva tipología añadiendo a las figuras ya contempladas, “De las asociaciones y de las fundaciones”, las de “otros entes reconocidos”.

El proyecto de reforma de la “Comisión Rovelli” no fue propuesto de nuevo en la XIV legislatura, pues se estimó más urgente la elaboración de la disciplina de la actividad económico-comercial desarrollada por las non profit *Organisation* que la de los

<sup>506</sup> La opción fue propuesta por dicho profesor con ocasión del convenio “*Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate*”, desarrollado los días 23 y 24 de junio de 2000 en Gardone Rivera.

sujetos mismos, prefiriendo regular directamente la normativa de la empresa social.<sup>507</sup> De este modo se corre el riesgo de otorgar, a la reforma de la disciplina codicística de las personas jurídicas, en general, y de las organizaciones del non profit, en particular, un cariz eminentemente comercial.<sup>508</sup>

Con posterioridad, el subsecretario de Justicia de la XIV legislatura, señor Vietti, ha deseado imprimir una aceleración al proceso de reforma y con esta finalidad se constituyó un grupo de estudios, integrado por eminentes expertos en la materia, en la fundación Giuseppe Orlando, promovida por la Confcommercio (Confederación General Italiana del Comercio).<sup>509</sup> Dicha fundación se ocupa del estudio de los diversos fenómenos ligados al terciario y, por tanto, también del análisis de los instrumentos necesarios para el funcionamiento de los organismos que por diversos títulos, sin revestir carácter de empresa, a través de la fórmula del asociacionismo, se ocupan de formaciones y conceden servicios de naturaleza variada.

En marzo de 2003, el grupo de estudios de la referida Fundación recibe el encargo de elaborar un proyecto de ley delegada para la reforma de la disciplina codicística atinente a las personas jurídicas. El día 10 de diciembre de 2003, con ocasión de un Convenio celebrado en la Universidad de Roma Tre, fue presentado el boceto de ley delegada,<sup>510</sup> que reviste unos objetivos más ambiciosos que los perseguidos por la Comisión Rovelli proponiendo una integral revisión de la normativa codicística en la materia.

<sup>507</sup> El largo camino recorrido en la adopción de una regulación específica de la empresa social es objeto de análisis en Fusaro, A., “Artículo 1, I: *Nozione*”, en De Giorgi, M. V., (coord.), *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., pp. 18 y ss. .

<sup>508</sup> Alleva, F., I confini giuridici del Terzo settore italiano, cit., p. 50.

<sup>509</sup> La Confcommercio nace en Roma el 29 de abril de 1945 y fue concebida como “órgano de enlace de las Asociaciones que la componen” (artículo 1o. de sus Estatutos).

<sup>510</sup> El texto de dicho boceto se puede obtener consultando: *www.confcommercio.it/nome/archiviogi/dic-2003/convegno-diritto*, o en Iudica, G., *Codice degli enti non profit*, Milán, Giuffrè, 2005.

Bajo la premisa de que resulta “inoportuno destinar la misma disciplina a las asociaciones círculos deportivos y a las grandes asociaciones de voluntariado que recogen fondos entre el público; a las fundaciones familiares, que conciernen a pocas personas y a las grandes fundaciones bancarias que administran un patrimonio fruto de la acumulación de generaciones al tratarse de fenómenos que suscitan problemas de intereses muy diferentes y justifican una disciplina diferente”,<sup>511</sup> la propuesta de reforma, a diferencia de la normativa codicística, distingue una duplicidad de modelos asociativos, asegurando una amplia libertad organizativa en las asociaciones privadas, mientras que se establecen reglas más rígidas y un mayor control para aquellas que persiguen finalidades colectivas (artículo 2o.).

Junto a este principio, el mismo artículo recoge otros, en los que se inspira la reforma, entre los que destacan los siguientes:

- Disciplinar el vínculo de no distribución de los beneficios y del patrimonio del ente según los principios de transparencia y de tutela de la confianza de los terceros.<sup>512</sup>
- Ampliar los ámbitos de autonomía estatutaria de las personas jurídicas con el fin de consentir el pleno desarrollo de la finalidad social.
- Regular el ejercicio de la empresa de modo que quede suficientemente garantizada la tutela de los terceros así como la finalidad del ente sin propósito de lucro.<sup>513</sup>

<sup>511</sup> Textualmente, Fundación Orlando, “Lo scenario e le proposte”, *www.confcommercio.it*.

<sup>512</sup> La conjunción de este principio con el anterior sitúa a este proyecto entre una de las reformas más destacadas, no sólo de las efectuadas en Italia, sino también en la Europa continental. Alleva, F., *I confini giuridici del Terzo...*, cit., p. 47.

<sup>513</sup> Sobre la base de este planteamiento general el artículo 8o. del proyecto entra a regular, con carácter particular, los contornos de tal ejercicio precisando que la reforma se dirige, entre otras cosas, a “describir con claridad y precisión las obligaciones y la responsabilidad de los órganos sociales”, a “prever una disposición organizativa idónea para promover la eficiencia y corrección de la gestión de la empresa social”, a “definir los presupuestos de aplicación de los estatutos

- Además de estos principios, el artículo 3o., relativo al reconocimiento de la personalidad jurídica, sanciona el objetivo fundamental de simplificar el procedimiento de constitución, dejando a salvo los principios del d. p. r. núm. 361/2000, requiriendo como únicas exigencias para lograr dicho reconocimiento la licitud del fin y la suficiencia del patrimonio y previendo un sistema de reconocimiento análogo al contemplado para la sociedad en el artículo 32 de la Ley núm. 340/2000, es decir, atribuyendo al notario el poder de control sobre la legitimidad de los estatutos y del acto constitutivo y sobre la licitud de la finalidad perseguida.
- En cuanto a la tutela para los terceros, el proyecto en examen deja intacta la responsabilidad ilimitada de los administradores en las asociaciones no reconocidas a las que se atribuye el papel de “una forma residual y general del ejercicio colectivo de una actividad no lucrativa” (artículo 5o., que es el único que, en modo escueto, se dedica a esta forma asociativa), mientras que para las reconocidas se vincula la limitación de responsabilidad al respeto de una relación entre el patrimonio neto y el global endeudamiento de la persona jurídica, previendo también que la limitación de responsabilidad pueda, eventualmente, derivar de la estipulación de una póliza aseguradora para garantizar la subsistencia del neto patrimonial; además de “disciplinar la responsabilidad de los administradores en el caso de que hayan actuado

del empresario comercial”, así como a “prever las obligaciones de contabilidad separada y (...) los límites más allá de los que es obligatorio un control legal de las cuentas distinto del control sobre la administración”. Además, para las asociaciones y fundaciones *for public benefit*, con el fin de preservar su naturaleza non profit, que podría inducir al ejercicio indirecto de una actividad de empresa (esto es, mediante la participación en un ente societario), se determina que “la reforma se dirige a proveer un límite al ejercicio de empresa no directamente instrumental” y “límites cuantitativos a las participaciones sociales en las sociedades que desarrollen actividades no instrumentales”.

despreciando la relación de alteridad subjetiva, o bien en situaciones de manifiesta insolvencia”.

A esta responsabilidad se añade una ulterior e importante tutela para los terceros mediante la institución de una autoridad de control para todas las asociaciones y fundaciones de derecho privado de relevantes dimensiones (aquellas que tenga un activo del estado patrimonial superior a 10 millones de euros), que asegura un sistema de controles dirigidos a garantizar la regularidad en el desarrollo de la actividad institucional y una correcta utilización de los recursos económicos por parte de los entes sin fines de lucro<sup>514</sup> que tengan un papel significativo en la vida económica y social.<sup>515</sup>

Sobre la base de estos principios, el profesor Mario Nuzzo, uno de los miembros integrantes del grupo de estudios que ha elaborado el proyecto, sintetiza con precisión el contenido de la normativa imperativa, atinente a las asociaciones, recogida en el mismo:

1. Las competencias inderogables de la asamblea sobre las deliberaciones relativas a:

- la modificación del fin de la asociación;
- las modificaciones significativas de los derechos de los asociados;

<sup>514</sup> El artículo 9o. del texto donde se recoge el proyecto de reforma que estamos analizando dispone, entre otras cosas, que dicha *Authority* debe vigilar para que se cumplan las leyes y los estatutos, para la persecución del fin estatutario, para garantizar la transparencia y corrección de la actividad de distribución, así como ejercitar la acción social en relación a los administradores pudiendo también, en el caso de que se observen graves irregularidades, disolver la administración del ente colectivo y nombrar un comisario. Alleva se muestra partidario de esta institución, a la que califica como “una novedad más que positiva”, pero muestra su disconformidad con el límite fijado (10 millones de euros) para que sea operativa. Alleva, F., *I confini giuridici del Terzo settore italiano*, cit., pp. 65 y 66.

<sup>515</sup> Por su parte, Sergio Billè, presidente de Confcommercio, en la presentación del proyecto señala las siguientes ideas de fondo inspiradoras de la ley de delegación: 1) favorecer la transparencia de la acción del ente; 2) tutelar los derechos de los terceros; 3) ampliar la autonomía estatutaria; 4) acercar la disciplina de los entes profit a la de los non profit (“L’intervento del presidente de Confcommercio Sergio Billè”, en [www.confcommercio.it](http://www.confcommercio.it)).

- el ejercicio de la acción social de responsabilidad;
- la aprobación de la rendición de cuentas;
- la transformación, fusión o escisión, la disolución.

2. Las competencias inderogables de los administradores que se extienden a:

- la gestión de la actividad social;
- la predisposición del proyecto de rendición de cuentas;
- la gestión de la actividad de empresa eventualmente ejercitada.

3. La obligación de insertar en los estatutos normas que establezcan:

- los requisitos de honorabilidad, profesionalidad e independencia de los administradores;
- los límites a la acumulación de cargos;
- la constitución, alternativamente, de un órgano al que se le confíe el control de la contabilidad y administración de las asociaciones o de un comité de control en el interior del consejo de administración;
- la obligación de redactar anualmente una rendición de cuentas, de la que resulte también el importe de las retribuciones de los administradores y de los asociados que trabajan a favor de la asociación.

4. La responsabilidad personal de los administradores por el incumplimiento de sus obligaciones, previendo la posibilidad de que la acción de responsabilidad sea ejercitada por una minoría cualificada de asociados.

5. La exclusión de los asociados y sus derechos en caso de recesso.

Particular atención merece en el proyecto, la hipótesis de las asociaciones reconocidas que persiguen la realización de fines colectivos o referibles a la generalidad (for public benefit), en las que junto a la tutela de los derechos de los asociados hay que tener en cuenta la de los potenciales beneficiarios de la actividad de la asociación. En concreto, el proyecto presentado se refiere, entre otros, a los siguientes extremos:

6. En cuanto a la tutela de los derechos de los asociados:

- la posibilidad de constitución de asambleas separadas y de límites a la recogida de delegaciones para favorecer la efectiva participación de los asociados.

- la posibilidad de formas simplificadas de convocar la asamblea y de manifestación del voto;

- una disciplina de los vicios de las deliberaciones dirigida a contemplar la tutela de los asociados y las exigencias de funcionalidad y certeza de la actividad de las asociaciones.

7. La tutela de los intereses de los terceros quedaría garantizada a través de las siguientes medidas:

- la obligación de insertar en los estatutos normas dirigidas a garantizar la transparencia de la actividad social;

- la posibilidad para los terceros, que tengan interés, de obtener información sobre la actividad del ente dirigida a la actuación de los intereses generales;

- la posibilidad para los terceros de denunciar a la autoridad de vigilancia graves irregularidades de los administradores.<sup>516</sup>

En conjunto, la propuesta de reforma aparece densa de normativa, estableciendo profundas y esperanzadoras novedades con respecto a los entes asociativos, si bien, presta mucha mayor atención a los personificados que a los que no gozan de dicha cualificación.<sup>517</sup>

<sup>516</sup> Nuzzo, M., “Autonomia e regole nel progetto di riforma della disciplina delle persone giuridiche”, *Europa y los nuevos límites de la autonomía...*, cit., pp.142 y ss.

<sup>517</sup> Mientras que a las asociaciones reconocidas las regula prolijamente, a través de la disciplina que acabamos de examinar, para las no reconocidas establece, lacónicamente: “1. Por lo que concierne a las asociaciones no reconocidas como personas jurídicas la reforma está inspirada en los siguientes principios directivos: proveer una forma residual y general del ejercicio colectivo de una actividad no lucrativa; confirmar la vigente disciplina de las responsabilidades por las obligaciones asumidas eventualmente, precisando la responsabilidad por las obligaciones nacidas de hecho ilícito. 2. Por lo que concierne a la disciplina de las asociaciones no reconocidas que suscitan una confianza en orden a la realización de un fin colectivo o referible a la generalidad, la reforma se dirige a definir los límites y las condiciones respecto a las que encuentran aplicación las normas dictadas para las asociaciones reconocidas y la consecución de la falta de observancia de las mismas (artículo 5o.)”.

Finalmente, para los entes fundacionales, los comités no aparecen contemplados, el proyecto les dota de principios análogos a los establecidos para las asociaciones,<sup>518</sup> distinguiendo también entre fundaciones que se proponen fines de interés general y fundaciones dirigidas a realizar finalidades meramente privadas (“aquellas que persiguen un fin referible a un círculo predefinido y cerrado de personas y que no solicitan, ni reciben, oblacones o donaciones del público”, artículo 6.2, del proyecto). Mientras que a las primeras se les reconoce la más amplia autonomía estatutaria en cuanto a la estructura organizativa, la administración y los procedimientos de decisión, pudiéndoles asignar obligaciones muy cercanas a las del trust del derecho anglosajón, las segundas requieren reglas de control para la gestión y administración del patrimonio destinado a finalidades colectivas.<sup>519</sup>

Este proyecto fue definitivamente aparcado a la espera de que se resolviera la coyuntural situación política por la que pasaba en aquellos momentos la Nación italiana.

<sup>518</sup> Se ha puesto de manifiesto que dentro del proceso de reforma integral de la disciplina relativa a las asociaciones y a las fundaciones, tal y como se diseña en este proyecto de reforma, uno de los aspectos más sobresalientes es la articulación y la competencia de los órganos de ambos tipos de entes. De este modo, la reforma cubriría la falta actual de un modelo administrativo que garantice suficientemente su correcto y adecuado funcionamiento. Giani, L., “L’amministrazione ed il controllo di associazione e fondazioni in una prospettiva di riforma”, *Rassegna di diritto civile*, núm 2, 2007, pp. 349 y ss.

<sup>519</sup> Para un comentario en profundidad de la disciplina de las fundaciones tal y como aparece configurada en el artículo 6 del proyecto de reforma, Nuzzo, M., “Autonomia e regole nel progetto di riforma della disciplina delle persone giuridiche”, *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, cit., pp. 145 y ss. Comentarios a toda la reforma se encuentran también en: Grupo de trabajo de la Orden de doctores comercialistas de Ivrea, Pinerolo y Turín: “*La riforma della disciplina civilistica di associazioni e fondazioni: gli scenari possibili*”, Convenio celebrado en Turín el 2 de febrero de 2004, [www.riforma\\_associazioni.it](http://www.riforma_associazioni.it); Alleva, F., *I confini giuridici del Terzo settore italiano*, cit., pp. 33 y ss.; Negri, G., “Associazioni e fondazioni svolta vicina”, *Il Sole 24 ore*, 11 de marzo de 2004, pp. 27 y ss; De Giorgi, M. V., “Tra legge e leggenda: la categoria ente nel diritto delle associazioni”, en *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, cit., pp. 548 y ss.

Tanto la XV como la XVI Legislaturas están resultando muy prolíferas en la presentación de proyectos de ley sobre el tema objeto de este estudio. El primero se produjo mediante un decreto del ministro de Economía y de hacienda dado el 4 de agosto de 2006 y registrado el 10 de agosto de 2006, por el que se instituyó una Comisión para la reforma orgánica del libro I del título II c.c. en materia de personas jurídicas y de asociaciones no reconocidas que ha contado con los más significativos estudiosos italianos en la disciplina de las personas jurídicas, además de economistas y operadores del tercer sector. La Comisión, bajo la presidencia del viceministro de Economía y Hacienda, senador Roberto Pinza elaboró en el segundo semestre de 2006-primer semestre de 2007, un proyecto de ley delegada relativa a la materia en examen que, finalmente, no fue aprobado. Asimismo, el diputado Michele Giuseppe Vietti presentó el 16 de septiembre de 2006 el proyecto de ley núm. 1650, asignado a examen el 16 de abril de 2007 que resultó igualmente rechazado.<sup>520</sup>

Posteriormente, en la XVI Legislatura se presentó el Progetto di Legge núm. 1090, igualmente a iniciativa del diputado Vietti: “Delega al Governo per la riforma della disciplina delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute, di cui al titolo II del libro primo del codice civile”.

En este mismo periodo, el 19 de diciembre de 2008, se comunicó a la presidencia un proyecto de ley a iniciativa de la senadora María Leddi núm. 1294, cuyo examen fue asignado el 21 de abril de 2009, pero aún no ha comenzado. Dicho proyecto consta de 10 artículos, siendo su regulación más extensa que la contenida en el proyecto que examinaremos a continuación. En términos generales se puede decir que las diferencias más notables entre uno y otro proyecto se condensan en el mantenimiento de la distinción entre las asociaciones y las fundaciones que aparecen expresamente reguladas en el proyecto de la senadora Leddi, a diferencia del pro-

<sup>520</sup> Los textos de todos los proyectos se encuentran publicados en *www.camera.it* (Progetti di legge).

yecto Vetti que sólo contempla las asociaciones.<sup>521</sup> Por el contrario, en este último se hace particular hincapié en la neta separación entre las asociaciones privadas y aquellas que persiguen fines de interés general manifestándose dicha distinción a lo largo de su articulado.

En efecto, la propuesta presentada por el Vietti, consta de 6 artículos que “confieren la delegación al gobierno y definen los principios y criterios directivos para la adopción de uno o más decretos legislativos relativos a la reforma orgánica de la disciplina de las asociaciones y de las fundaciones reconocidas como personas jurídicas y de las asociaciones no reconocidas, y que dicten nuevas normas sobre el procedimiento civil”.<sup>522</sup> Las líneas generales de la reforma propuesta, contenidas en dichos artículos, son las siguientes:

*Artículo 1o.* Contiene la delegación al Gobierno, ejercitable dentro de un año de la entrada en vigor de la ley. El objeto de dicha delegación es el reflejado en las palabras acabadas de transcribir vertidas por el diputado Vietti (como especifica el artículo en examen en su primer inciso). Se añade que la definición de las nuevas normas de procedimiento civil se realiza con el fin de garantizar la coordinación de la nueva disciplina con las disposiciones del decreto legislativo 2003, núm. 5, relativo al procedimiento en materia de derecho societario y de intermediación financiera, así como en materia bancaria y crediticia.

<sup>521</sup> Se ha puesto de manifiesto que lo deseable es que se mantenga la distinción entre ambas figuras, si bien redefiniéndolas teniendo en cuenta la evolución experimentada por ambos institutos. En efecto, la importancia asumida por el elemento personal en las fundaciones con la consiguiente influencia en la relación entre la finalidad y el patrimonio pasando por la organización, ha supuesto un acercamiento de las fundaciones a las asociaciones. Por ello, se aconseja seguir con la distinción evitando el riesgo de caer en la incertidumbre de los tipos con la consiguiente incerteza de la normativa aplicable. Prele, CH., *La fondazione. Evoluzione giuridica di un istituto alla ribalta*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2007, pp 210 y ss.

<sup>522</sup> Palabras del diputado Vietti en la presentación del proyecto de ley recogidas, así como la proposición, en Cámara de los Diputados núm. 1090 (XVI Legislatura), pp. 1 y ss.

Los decretos legislativos deberán ser adoptados en conformidad con la normativa comunitaria y con los principios y criterios directivos previstos en la propuesta de ley. Del mismo modo, se debe asegurar la necesaria coordinación con las disposiciones vigentes (inciso 2).

Por lo que respecta a la modalidad procedimental, el inciso 3 prevé que los decretos legislativos sean adoptados a propuesta del ministro de Justicia, de acuerdo con el ministro de la Economía y de las finanzas y con el ministro de Trabajo, de la Salud y de la Política Social y el inciso 4 define las modalidades de transmisiones de los esquemas de decretos a la Cámara con la finalidad de escuchar la opinión de las Comisiones parlamentarias.

El inciso 5 confiere al Gobierno la posibilidad de dictar disposiciones correctoras e integrativas en el plazo de un año desde la entrada en vigor de cada uno de los decretos legislativos.

*Artículo 2o.* Dicta los principios y criterios directivos generales que deben conformar la nueva disciplina en materia de personas jurídicas y de asociaciones no reconocidas.

En primer lugar se define el principio según el cual el vínculo de no distribución de beneficios y del patrimonio del ente debe ser disciplinado según principios de transparencia y de tutela de la confianza de los terceros.

Ulteriores principios se dirigen a la ampliación de los ámbitos de la autonomía estatutaria.

Particular relevancia asume la distinción entre los entes dirigidos a la realización de un fin público o colectivo y los caracterizados por la autodesignación a los asociados de la actividad desarrollada, especificando cuáles son los entes que se comprenden en la primera categoría.

Una previsión específica se refiere al ejercicio de la empresa que debe ser disciplinado de tal manera que tutele a los terceros y la finalidad del ente sin finalidad de lucro.

Finalmente, se demanda al Gobierno para definir, cuando sea necesario, normas adecuadas a la disposición organizativa de las asociaciones paralelas y complejas.<sup>523</sup>

*Artículo 3o.* Dicta los principios y criterios directivos en relación al procedimiento para el reconocimiento de la personalidad jurídica.

Los puntos esenciales de la reforma se refieren:

1. La simplificación del procedimiento de constitución en el respeto de los principios del decreto del presidente de la República núm. 361 del 2000,

2. La previsión de un sistema de reconocimiento análogo al dictado para la sociedad,

3. La definición de la modalidad del control notarial en sede de constitución y de modificación del acto constitutivo.

Una importante novedad hace referencia a la necesidad de conectar las limitaciones de la responsabilidad al respecto de una adecuada relación entre el patrimonio neto y el total endeudamiento de la persona jurídica, también en relación a la estipulación de pólizas aseguradoras.

Finalmente, se delega en el Gobierno para que adopte una particular disciplina en cuanto a la responsabilidad de los administradores.

*Artículo 4o.* Dicta principios específicos para la reglamentación de las asociaciones reconocidas como personas jurídicas. Los principios de carácter general (inciso 1) se refieren: al reconocimiento de una amplia autonomía estatutaria en relación a la estructura organizativa, a la administración y a la representación, a los procedimientos decisionales de las asociaciones y a los instrumentos de tutela de los intereses de los socios; a la previsión de normas inderogables en materia de competencia de la asamblea, asignando para tales decisiones un voto a cada socio, con respecto a determinadas deliberaciones.

<sup>523</sup> Dichos tipos de asociaciones se contemplan en Galgano, F., *Trattato di Diritto Civile, cit.*, pp. 257 y ss.

En la óptica de la tutela de los derechos de los terceros, además de graduar la autonomía y los controles, en base a la naturaleza de los intereses implicados, se detallan específicos principios para las asociaciones que suscitan una confianza en orden a la realización de un fin público o colectivo con respecto al perfil de la administración, del control y de la posición de los terceros.

En particular con respecto a la administración se establece (inciso 2):

- La articulación de las competencias entre los administradores y la asamblea de los socios; al respecto, se especifican individualmente las competencias exclusivas de los administradores;

- La individualización, por parte de los estatutos, de algunos requisitos relativos al cargo de administrador; al control sobre la gestión y la contabilidad; a la redacción de una rendición de cuentas económica, en conformidad a los criterios de redacción del balance ex artículo 2423 y ss. c.c. (balance societario);

- La previsión en caso de falta de observación de las anteriores obligaciones de la responsabilidad personal y solidaria de todos los administradores y, en todo caso, de cuantos han actuado por cuenta de la asociación.

Con referencia a la administración y al control de las asociaciones dirigidas a la realización de un fin público o colectivo se prevén las siguientes novedades (inciso 4):

- Posibilidad para cualificadas minorías de promover la acción de responsabilidad;

- Modalidad de denuncia al tribunal de graves irregularidades por parte del órgano de control o en el caso de que este no se haya constituido por parte de los asociados individuales;

- Posibilidad del tribunal, en el caso de graves irregularidades en la administración de adoptar también procedimientos atípicos o cautelares;

- Valoración de las participaciones personales de los asociados.

Además, por lo que respecta a la posición de los terceros, las previsiones innovativas hacen referencia a (inciso 6):

- La transparencia de la actividad social, también mediante una rendición de cuentas sobre la misión social perseguida;
- La posibilidad para los sujetos no asociados y entes exponenciales de obtener informaciones de los administradores, limitada a la actividad conexas a la heterodestinación de los resultados;
- Las condiciones de admisión de los asociados;
- La posibilidad para los entes exponenciales de los intereses perseguidos por la asociación de ejercitar una acción de cumplimiento, definiendo las condiciones taxativas y los límites, concurriendo eventualmente el consenso de la autoridad de control sobre el tercer sector.

Para todas las asociaciones reconocidas, en materia de derechos de los asociados, el proyecto debe ser realizado de modo que garantice (inciso 3):

- La participación de los asociados en las deliberaciones asamblearias;
- El derecho de información individual de cada asociado;
- La posibilidad de ejercitar acciones de la asociación de responsabilidad respecto de los administradores por minorías cualificadas;
- La baja en el caso de modificación sustancial del fin de la asociación o de transformación heterogénea.

En lo que concierne a los principios relativos a las deliberaciones asamblearias y del consejo, atienden a la convocación de la asamblea y al voto en forma simplificada, además de a los vicios de las deliberaciones asamblearias y del consejo (inciso 5).

Finalmente, en relación a la disciplina del fondo común de las asociaciones reconocidas se prevé (inciso 7):

- La exclusión de cualquier derecho patrimonial de los asociados en el caso de exclusión, de baja o de disolución de la asociación;
- La destinación de los bienes sobrantes de la liquidación a finalidades análogas a las de la asociación, en el caso de que no se haya previsto otra cosa en los estatutos;
- Una disciplina del fondo patrimonial en el caso de escisión de la asociación;

– La obligación para los administradores y para los liquidadores de asegurar el destino de los fondos a la finalidad que han determinado la oblación, el financiamiento o la liberalidad.

*Artículo 5o.* Dicta los principios y criterios directivos para la reforma de la disciplina relativa a las asociaciones no reconocidas.

En general las nuevas normas deben prever “una forma general y residual del ejercicio colectivo de una actividad no societaria”.

Además, se confirma la disciplina vigente de la responsabilidad por las obligaciones asumidas, confiriendo al Gobierno la posibilidad de definir ulteriormente la responsabilidad por las obligaciones que nazcan de un hecho ilícito.

Disposiciones específicas se refieren a las asociaciones no reconocidas que suscitan una confianza en orden a la realización de un fin público o colectivo. En particular se prevé la aplicación de las disposiciones dictadas para las asociaciones reconocidas con iguales características y la consecuencia de la falta de observancia de las mismas. Además, se especifica que debe ser regulada la responsabilidad de los administradores para la administración y para la destinación de los fondos.

*Artículo 6o.* Dicta los principios y criterios generales para el ejercicio de la empresa por parte de las asociaciones y de las fundaciones (inciso 1).

Para las asociaciones reconocidas y para las fundaciones, las novedades se refieren a la valorización de la actividad empresarial, a una más puntual definición de las disposiciones organizativas, a la aplicación del estatuto del empresario comercial, a las previsiones de obligaciones de contabilidad separada para la gestión social y empresarial; a la previsión de un control de la contabilidad distinto del control sobre la administración.

Principios específicos para los entes que suscitan una confianza en orden a la realización de un fin público o colectivo, estableciéndose la necesidad de definir un límite al ejercicio de empresa no directamente instrumental y a las participaciones en las sociedades que desarrollan actividades no instrumentales (inciso 2).

Solo para las asociaciones no reconocidas, el inciso 3 precisa que es necesario definir la responsabilidad para las obligaciones sociales en caso de insolvencia de la asociación.

En el curso de la sesión parlamentaria del 30 de julio de 2009, el gobierno preanunció la presentación de un proyecto de ley sobre la materia en cuestión. Por esta razón el propio gobierno ha pedido formalmente la suspensión del examen del proyecto Vietti, núm. 1090, en espera del proyecto de ley gubernamental que está en curso de elaboración y que según el gobierno será presentado próximamente.

## VII. A MODO DE RECAPITULACIÓN: LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS ASOCIACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

Seguramente, el histórico legislador del Código civil, influido por el gran peso que suponía la tradición liberal francesa, claramente hostil hacia los llamados entes “intermedios” —considerados como auténticos obstáculos a la relación directa entre los ciudadanos particulares y el Estado, así como también a la circulación de la riqueza—, no hubiera podido regular a las personas jurídicas en forma muy diversa a la resultante de la codificación de 1942.

Sin embargo, a los seis años de su promulgación, el planteamiento respecto a las personas jurídicas sufre una fuerte sacudida sobre la base de la Carta constitucional de 1948, que, en vez de reprimir, potencia el fenómeno asociativo mediante la figuración pluralística de las organizaciones sociales sancionada en el artículo 20. de la Constitución, dejándolas libremente crecer y desarrollarse en virtud del artículo 18, independientemente de la finalidad que los particulares se propongan salvo, naturalmente, el principio de legalidad, y consagrando concretas manifestaciones asociativas, entre otras, en los artículos 19-asociaciones religiosas, 39-sindicatos, 49-partidos políticos.

El pilar de la regulación del Código civil italiano cimentado en la neta separación entre asociaciones reconocidas (extendien-

do la posibilidad del reconocimiento, también, a las fundaciones) y asociaciones no reconocidas, relegadas a una posición marginal, se ha ido desmoronando debido a sucesivas reformas legislativas, que han propiciado la práctica parificación de las disciplinas normativas reguladoras de una y otra figura.

El terreno para que pudieran cristalizar dichas intervenciones legislativas fue abonado previamente por la doctrina y la jurisprudencia que, ya desde la década de los cincuenta, reclamaban mayores espacios para la autonomía privada, así como la necesidad de asegurar la tutela del individuo en el seno de organizaciones para el desarrollo de la personalidad y de los derechos civiles —partidos políticos y sindicatos— que exhibían la preocupante tendencia a asumir estructuras oligárquicas conculcadoras de la posición de sus miembros. En la década de los sesenta se procede a una decidida lectura constitucional del derecho civil con expresa referencia a los entes albergados en el libro I, título II del código civil, lo que hizo que se pusiera definitivamente de relieve el anacronismo de esta parte de la legislación contenida en el mismo.

En la década de los ochenta queda definitivamente superada la tesis que asignaba únicamente a los entes colectivos societarios la posibilidad del ejercicio de actividades constitutivas de empresa y, a pesar de la falta de reflejo legislativo, asociaciones y fundaciones se lanzan a la realización de actividades de tal naturaleza, tendencia que se ve incrementada en el último decenio y, definitivamente consagrada en la década del 2000, a raíz de la reforma del derecho societario en el 2003 y de la publicación del decreto legislativo del 24 de marzo de 2006, núm. 155 que da vida a la empresa social.

Contemporáneamente, en la década de los noventa, ante la actitud del Estado de ir descargándose de la realización de actividades para la satisfacción de necesidades sociales, incentivando la acción de los entes colectivos privados mediante la concesión a estos de un régimen jurídico privilegiado, esencialmente en la esfera tributaria, a cambio de la cobertura de aquellas necesidades, se ha potenciado la promulgación de numerosas leyes sectoriales

que han incidido, de modo fragmentario, en la regulación del fenómeno asociativo.<sup>524</sup>

En este escenario las sucesivas intervenciones legislativas han supuesto una consagración de las ideas previamente acuñadas por la doctrina y la jurisprudencia con respecto a las asociaciones y a las personas jurídicas en general, lo que ha originado una notable modificación de su fisonomía, tal y como estaban configuradas en el seno del derecho positivo italiano:

- La derogación del artículo 17 del Código civil (Ley del 15 de mayo de 1997, núm. 126) que imponía, a las asociaciones reconocidas, la necesidad de previa autorización administrativa para que pudieran realizar válidamente adquisiciones tanto a título oneroso como gratuito, ha supuesto la superación de un vínculo secular y la supresión de una arcaica institución que, con el paso del tiempo, había perdido totalmente las razones que la mantenían en vigor (frenar la expansión de las llamadas “manos muertas”, en un primer momento, y, posteriormente, servir de tutela del crédito).
- La anterior derogación implicaba una discordancia con el régimen establecido en los artículos 600 y 787 c.c., que obligaba a las asociaciones no reconocidas a promover el reconocimiento de su personalidad jurídica para poder adquirir válidamente lo dejado a su favor por disposición testamentaria o en virtud de donación, discordancia que quedó subsanada con la Ley del 27 de junio de 2000, núm. 192, al estimarse que, una vez liberalizadas las ad-

<sup>524</sup> Las fundaciones, por su parte, están viviendo en el ordenamiento jurídico italiano una especie de primavera, después de decenios de quietud, como lo demuestra su, cada vez mayor, utilización en los más diversos contextos (como es el caso de la fundación titular de una empresa), y su intensa atención por parte de todos los estamentos (sería la hipótesis de las fundaciones bancarias sobre las que han recaído las dos importantísimas sentencias, ya examinadas en el punto anterior, del Tribunal Constitucional).

quisiciones para las asociaciones reconocidas, el mismo tratamiento debía aplicarse para las que no gozasen de dicho reconocimiento.

- La tan deseada simplificación del procedimiento para obtener el reconocimiento de la personalidad jurídica llegó de la mano del decreto del presidente de la República, del 4 de febrero de 2000, que, al instaurar un sistema normativo (en contraposición con el concesorio existente con anterioridad), hace perder a la autoridad administrativa todo poder de injerencia en orden al tipo de finalidades que el ente se proponga conseguir y establece, por otro lado, controles más veloces sobre la licitud del fin perseguido y la adecuación del patrimonio al mismo, convirtiendo el reconocimiento en un trámite, prácticamente, automático.
- Finalmente, fuera del código civil, se ha producido el fenómeno de una gran profusión de leyes sectoriales en las que el elemento subjetivo está integrado, normalmente, por la figura asociativa y en las que el legislador especial, particularmente el tributario, que aquí sí ha valorado la finalidad prefijada por el ente, se ha apropiado de espacios usualmente reservados a la competencia del código civil y ha elaborado para el mundo non profit, en franca expansión, reglas detalladas, constituyendo auténticos estatutos especiales. Aunque paradójicamente, como se ha advertido, dicho esplendor legislativo se puede convertir en un “fenómeno de debilidad, creando riesgos de una degeneración corporativa”.<sup>525</sup>

<sup>525</sup> De Giorgi, M. V., “Capitolo XI. La legislazione speciale”, Zoppini, A. (coord.), *Diritto Civile, cit.*, pp. 406 y ss. Galgano, F., *Trattato di Diritto Civile, cit.*, pp. 472 y ss. Dicha profesora evidencia, en otro artículo, el riesgo de que se produzcan fenómenos de neocorporativismo dada la “institucionalización de los sujetos del tercer sector, cuyas organizaciones han adquirido la posición de partes sociales respecto al Estado”. De Giorgi, M. V., “Dalla vuota socialità del codice alla vuota impresa sociale”, en Pagliantini, S. et al. (coords.), *Scritti in onore di Marco Comporti, cit.*, pp. 993 y ss.

El anterior cuadro arroja como resultado “una situación confusa, compartimentada y diferenciada sectorialmente, efervescente, con altas tasas de natalidad y mortalidad asociativa, compleja en sus relaciones internas y externas, legalmente inconclusa y con una gran renovación actual”<sup>526</sup> que requiere, inevitablemente, una reforma sistemática de la disciplina y de la que se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La definitiva superación de la neta distinción entre asociaciones reconocidas y asociaciones de hecho, fue defendida en un principio por la doctrina y la jurisprudencia, que han admitido siempre la aplicabilidad directa de las normas previstas para las personas jurídicas a los entes de hecho. Dicha superación fue después confirmada por el legislador mediante diversas reformas legislativas que atribuyen a las asociaciones no personificadas plena capacidad para actuar en el tráfico jurídico, siendo en la esfera patrimonial donde se manifiesta la diferencia entre una y otra figura en cuanto a la diversa autonomía patrimonial, sólo perfecta en las asociaciones reconocidas, y la distinta extensión en el régimen de la responsabilidad civil para unas y otras, en cuanto a las obligaciones asumidas. Ello comporta la ruptura entre las nociones de subjetividad y de personalidad jurídica, al haberse acuñado un concepto de aquella que rebasa las fronteras técnico-jurídicas de esta.

2. La aparición de las leyes especiales en la órbita tributaria ha venido a confirmar la aserción anterior, ya que, bajo el prisma de tal legislación resulta totalmente irrelevante que la asociación tenga o no personalidad jurídica, siendo lo decisivo para poder gozar de los privilegios atribuidos a la misma (fundamentalmente de índole fiscal), la relevancia social de la finalidad perseguida por la asociación y el cumplimiento de una serie de requisitos.

Ello nos lleva a concluir que, así como el Código civil de 1942 reguló la materia sobre las personas jurídicas cimentándola sobre la base de la radical separación entre asociaciones y, por

<sup>526</sup> Estivill Pascual, J. y De la Hoz, J. M., “El sector privado social: Mosaico italiano”, *Entidades socio voluntarias en Europa, cit.*, p. 252.

extensión, entes reconocidos (ya que se alberga también en este capítulo a las fundaciones) y asociaciones no reconocidas, en la actualidad la verdadera clasificación es aquella que distingue entre asociaciones sin más y asociaciones protegidas sometidas a la legislación especial de incentivo.<sup>527</sup>

De este modo, se ha procedido a una mejor definición de los ámbitos de competencia atribuidos a la legislación civil, por una parte, y a la tributaria por otra<sup>528</sup> pero, al mismo tiempo, se ha potenciado la posibilidad de adoptar comportamientos estratégicos por parte de las asociaciones con el objetivo de adaptar sus estatutos a los requisitos prescritos por el legislador tributario, lo que puede comportar una excesiva contaminación e invasión de la órbita fiscal en la civil.

3. La sustitución del originario sistema de atribución de la personalidad jurídica, que exigía la evaluación por parte de la autoridad administrativa, tanto respecto a la utilidad social del fin propuesto por la asociación como a la comprobación de que el patrimonio asignado se ajustaba a la realización de dicho fin, por otro método en el que la personalidad se adquiere mediante la inscripción en el registro de la persona jurídica previa verificación de que la finalidad es posible y, asimismo, de que el patrimonio resulta idóneo para su consecución, implica una diversa elección del legislador en la que el peso específico que tenía la finalidad social, eventualmente perseguida, se desplaza del terreno civil al espacio tributario donde constituye un requisito *sine qua non* para poder acceder a los privilegios y exenciones fiscales diseñados para las asociaciones en dicha esfera legislativa.

<sup>527</sup> Las peculiaridades que presentan los mencionados tipos asociativos, examinadas desde la óptica constitucional, teniendo en cuenta que la promoción del asociacionismo debe estar basada en los valores constitucionales de solidaridad, participación e igualdad, se analizan en el magnífico estudio de Rigano, F., *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, cit.

<sup>528</sup> Nuzzo, M., “Autonomia e regole nel progetto di riforma della disciplina delle persone giuridiche”, en Osorio Serrano, M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, cit., p. 139.

A algunos años de la promulgación del decreto que ha reformado el proceso de adquisición de la personalidad jurídica se puede confirmar que la reforma no ha producido, de momento, los efectos deseados ya que siguen siendo muchas las asociaciones que continúan sin adquirir el reconocimiento. Como se ha señalado, el hecho de que el particular funcionario administrativo pueda alegar “imprecisas razones sustantivas para que se produzca, sin establecer una previa y objetiva indicación que determine los límites y términos del control, da lugar a que el sistema, en el fondo, continúe estando fuertemente marcado por el carácter discrecional, continuando, en gran parte, de tipo concesorio”.<sup>529</sup>

La incógnita, que se despejará con el transcurso del tiempo, es la de saber si en la praxis los operadores del tercer sector italiano preferirán las asociaciones dotadas de reconocimiento, sometidas a una disciplina muy puntual, o continuarán optando por el no reconocimiento. En este último caso la asociación no quedará sometida a un régimen tan severo como el que existe para sus antónimas en cuanto a la no sujeción a los controles derivados del reconocimiento, además de disfrutar de la comodidad de no tener que entablar el procedimiento para acceder al mismo que, por mucho que se haya simplificado y agilizado, no deja de ser un procedimiento burocrático, con todas las connotaciones negativas que esa palabra lleva consigo. Las indudables ventajas de constituir una asociación no reconocida lo demuestra el hecho de que en el ordenamiento jurídico italiano la mayoría de las asociaciones se engloba en dicha categoría, y no se trata ya sólo de una cuestión de cantidad, sino que asociaciones tan cualificadas como los partidos políticos y los sindicatos que, en cuanto caracterizados por ser organizaciones colectivas con estructura abierta y dirigidos a una finalidad ideal no económica, o a lo más indirectamente económica, entran en el esquema de la forma asociativa, también figuran en el elenco de las asociaciones no reconocidas.

<sup>529</sup> De Giorgi, M. V., “La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?”, *cit.*, p. 1331.

Llegados a este punto, podemos preguntarnos por la razón de ser que tiene, en la actualidad, el reconocimiento de una asociación, dado que no sólo teóricamente y, ni siquiera, a nivel jurisprudencial, sino que incluso legislativamente se han parificado los regímenes de las asociaciones reconocidas y de las que no gozan de reconocimiento. En efecto, estas últimas, si bien no ostentan la personalidad jurídica, están dotadas, sin embargo, de subjetividad jurídica con plena capacidad para actuar, pudiendo adquirir y enajenar bienes sin ningún control y ser titulares de patrimonios.

Por tradición secular, la prerrogativa de la que gozan los miembros de la persona jurídica consiste en la exención de responsabilidad patrimonial, exención a la que no se pueden acoger las personas que han actuado en nombre y por cuenta de la asociación no reconocida, que quedan responsables personal y solidariamente, si bien en modo subsidiario respecto al fondo común (artículo 38 c.c.), pero, en cualquier caso, tampoco en esta hipótesis responden los miembros de la asociación no reconocida por las deudas sociales.

Pues bien, con el código civil italiano en la mano, es en este privilegio donde se cifra actualmente la específica diferencia normativa entre una y otra clase de asociación; por ello, el uso del término persona jurídica se encuentra ahora vacío de sus peculiares contenidos normativos y relegado a un limitado valor clasificatorio que poco añade en términos de disciplina. Por el contrario, atribuir a un ente la calificación, por ejemplo, de Onlus, comporta el sometimiento a toda la compleja y relevante disciplina incluida en la ley reguladora de dicha modalidad tributaria, ya que no constituye una nueva categoría jurídica.

A pesar de ello, son incuestionables los méritos que arrastra la inscripción, ya que al poseer la virtualidad publicitaria, por excelencia, propicia la reconocibilidad e individualización del ente afianzando la confianza de los que, de una u otra manera,

con él se relacionan.<sup>530</sup> De ahí que se haya dicho<sup>531</sup> que en la actualidad la inscripción, más que desempeñar una función jurídica, la tendría promocional, desde el punto de vista de la imagen. Por eso, en el espíritu de la reforma (al abreviar el procedimiento, respecto a los precedentes, del larguísimo trámite burocrático, circunscribiendo, por otro lado, los requisitos de la finalidad perseguida a la posibilidad y licitud, con extracción del mérito social), está latente hacer asequible la inscripción a todo tipo de entes, aunque no sean socialmente relevantes.

4. Entre los elementos motrices que han impulsado las sucesivas reformas que venimos analizando, ocupan un lugar destacado los autores y la jurisprudencia que, a través de su doctrina, han puesto de relieve la problemática suscitada por las entidades asociativas, señalando los cauces adecuados para su correcta solución. En consecuencia, se han adelantado al legislador ordinario y continúan trabajando en la misma dirección para que las estructuras asociativas se desarrollen convenientemente y puedan desplegar todas sus potencialidades.

Sin embargo, el puesto de honor, lo ocupan, como no podía ser de otro modo, la Constitución italiana y la jurisprudencia que la interpreta a través de las decisiones del Tribunal Constitucional.<sup>532</sup> Ya desde un primer momento, la configuración pluralista de la sociedad italiana instaurada en el artículo 2o. de la carta

<sup>530</sup> En defensa de dicho argumento véase De Giorgi, M. V., “Capitolo VI, Persone Giuridiche e Enti non profit”, en Zoppini, A. (coord.), *Diritto Civile*, cit., p. 342, que pone el acento en este extremo a la hora de marcar la distinción entre asociaciones que gozan de personalidad jurídica y aquellas que están privadas de reconocimiento.

<sup>531</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>532</sup> En concreto, con relación al Proyecto Orlando para la reforma de las personas jurídicas contempladas en el título I c.c., se han evidenciado los puntos de mayor influencia de la jurisprudencia constitucional con respecto a dicho Proyecto. Borghini, A., “Brevi considerazioni su una recente proposta di riforma della disciplina delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute di cui al libro I del codice civile alla luce degli orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale”, en Rescigno, P. (coord.), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 349 y ss.

magna, al garantizar los derechos inviolables de las personas, individualmente consideradas o en las formaciones sociales en las que se desarrolle su personalidad, puso de relieve lo anacrónico de una legislación que, como la contenida en el libro I del título II del código civil, pivotaba en torno a un talante de mera tolerancia, no exenta de rechazo, hacia las formaciones intermedias.

Recientemente, a raíz de la reforma del título V de la Constitución, la instauración del principio de “subsidiariedad horizontal”, tal y como aparece contemplado en su artículo 118.4, supone la conquista de nuevas cotas de libertad para las asociaciones y, en general, para las personas jurídicas, al dinamizar la iniciativa autónoma de los ciudadanos, ya sea actuando individual o colectivamente, en el ejercicio de actividades que satisfagan intereses de índole general. El ingreso pleno de dicho principio en el ordenamiento jurídico italiano implica el reconocimiento de la relevancia del papel que los sujetos, diversos de los entes públicos, pueden asumir.<sup>533</sup> Asimismo, señala la frontera dentro de la que se pueden mover las intervenciones legislativas en este terreno, ya que las limitaciones que se establezcan a la autonomía estatutaria y de gestión de las asociaciones sólo se justifican, en tanto en cuanto, estén directamente ordenadas a la consecución de la finalidad del ente.<sup>534</sup>

4. Así como en la actualidad la distinción entre asociaciones reconocidas y no reconocidas aparece totalmente diluida, igualmente la divergencia entre entes lucrativos y no lucrativos, se ha recortado notablemente. En efecto, con la nueva regulación del derecho societario en el 2003 y la aparición del decreto legislativo de 2006, regulador de la empresa social, se consagra legislativamente la posibilidad de ejercicio de actividades empresariales por parte de los entes no lucrativos al no ser la finalidad de lucro necesaria para el ejercicio de la empresa. Exponencial, en

<sup>533</sup> Prele, Ch., *La fondazione. Evoluzione giuridica di un istituto alla ribalta*, cit., p. 186.

<sup>534</sup> Nuzzo, M., “Autonomia e regole nel progetto di riforma della disciplina delle persone giuridiche”, en Osorio Serrano, M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, cit., p. 137.

este sentido, resulta la legitimación de transformación de un ente asociativo en sociedad de capital y viceversa, posibilitada por el decreto legislativo 6/2003 que ha reformado el derecho societario. No obstante, conviene precisar que, a pesar de que la diferencia esté disminuyendo, a los entes regulados en el libro I siempre les estará vedada la distribución de ganancias entre los asociados. Por tanto, se puede concluir diciendo que persiste la diferencia con las personas jurídicas del libro V, en cuanto que los entes no lucrativos pueden perseguir finalidades ideales o también económicas, siempre que no sean lucrativas, pero ya no existe diferencia en la actividad que puede también ser empresarial para estos últimos. De este modo, la contraposición entre entes que persigan finalidades lucrativas y aquellos que carezcan de dicha finalidad reside única y exclusivamente en la prohibición de distribución de beneficios para estos últimos.<sup>535</sup>

En contraste, se está manifestando últimamente, con gran pujanza, una nueva clasificación que se establece en razón a que la colectividad a la que se dirige la actividad del ente puede revestir dimensiones diversas: limitada a un círculo de personas, o referida a la colectividad en general, con evidentes diferencias de tratamiento entre una y otra figura.

La constatación de ambas realidades se puede comprobar en los últimos proyectos de reforma para las personas jurídicas reguladas en el libro I del c.c. y que han sido anteriormente comentados. En efecto, todos ellos contienen un artículo específico que preceptúa la disciplina de la empresa cuando se ejercita por las asociaciones y las fundaciones y, asimismo, en casi todos se pres-

<sup>535</sup> Resulta orientativo, a estos efectos, el decreto legislativo de 2006, regulador de la empresa social que indica los sujetos a los que se les prohíbe la distribución, incluso indirecta, de ganancias (administradores, socios, participantes, trabajadores y colaboradores). Respecto a las retribuciones a los administradores considera distribución indirecta de beneficios los pagos de “retribuciones superiores a a las empresas que operan en los mismos o análogos sectores y condiciones, salvo exigencias comprobadas referentes a la necesidad de adquirir específicas competencias y, en todo caso, con un incremento máximo del veinte por ciento” (artículo 3o., c.2, letra b).

criben reglas específicas para las asociaciones orientadas a un fin público o colectivo.

5. A la vista de la exposición anterior, muchas son las razones que aconsejan e imponen una reforma sistematizada de las asociaciones y, en general, de las personas jurídico-privadas<sup>536</sup> tal y como aparecen reguladas en el libro I, título II del código civil:<sup>537</sup>

- Existe, en primer lugar, una notable divergencia entre la limitación del estatuto codicístico (de las asociaciones reconocidas y no reconocidas y de las fundaciones) y la amplitud del fenómeno de las organizaciones colectivas que se pueden incluir dentro de la tipología regulada por el Código civil, teniendo en cuenta que algunas de dichas organizaciones han alcanzado gran significación social (el caso más paradigmático sería, nuevamente, el de los sindicatos y partidos políticos). El desajuste es aún más evidente si se piensa que estamos ante asociaciones no reconocidas que el Código civil regula en modo bastante parco dedicándoles, tan sólo, tres artículos (artículos 36-38).
- Las notables reformas introducidas en los últimos años en los artículos que ordenan la disciplina relativa a las asociaciones y fundaciones reconocidas (artículos 14-35) y no reconocidas, en especial la derogación de los artículos 17, 600 y 786 del código civil, y el modificado sistema de reconocimiento de la personalidad jurídica, convierten en necesaria la inclusión de tales normativas, al menos por lo que respecta al derecho sustantivo, en el cuerpo de dicho código, dejando a las disposiciones de actuación la regulación de los aspectos propiamente procesales.
- La vasta legislación sectorial decretada a partir de la década de los noventa ha plagado el panorama norma-

<sup>536</sup> Para la reforma de las fundaciones véase Prele, Ch., *La fondazione. Evoluzione giuridica di un istituto alla ribalta*, cit.

<sup>537</sup> Varios autores, *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Milano, Fondazione della Camera dei Deputati, Il Sole 24 Ore, 2005.

tivo del tercer sector italiano de un copioso número de leyes especiales que regulan, de modo fragmentario, el fenómeno asociativo y ha supuesto la definitiva superación de la distinción entre asociaciones reconocidas y no reconocidas al hacer recaer el centro de gravedad para conceder las sustanciosas prebendas, esencialmente fiscales, concedidas por aquellas, en los requisitos estatutarios exigidos en las asociaciones que se quieran beneficiar de dichas prerrogativas. Entre dichos requisitos se pueden señalar: el fin perseguido y la virtualidad social de la actividad desarrollada, la democraticidad de la estructura interna de la organización, la transparencia contable y la prohibición de la distribución de beneficios y del patrimonio entre los socios, en caso de liquidación. Pues bien, la magnitud alcanzada por el fenómeno sectorial convierte en ineludible su necesaria coordinación con el código civil para regular las relaciones entre los dos ámbitos so pena de relegar la disciplina del derecho común a regular fenómenos marginales, sobre todo allí donde los estatutos especiales han introducido una reglamentación detallada, agotando la eventual normativa aplicable a las asociaciones sujetas a su sector. Si tenemos en cuenta que el ordenamiento jurídico italiano carece de una ley general reguladora del derecho de asociación, la misión que ha de asumir el código civil, en este punto, es la de configurar un modelo lo suficientemente general y neutro como para que se pueda adaptar a todo tipo de organización, siempre que revista el carácter de non profit, constituyendo, de este modo, junto con la Constitución, el referente obligado y desempeñando la fundamental misión de cubrir las po-

sibles lagunas que la legislación especial pueda presentar.<sup>538</sup>

- La tradicional contraposición existente entre entes non profit y entes con naturaleza lucrativa aparece también, en cierto modo, diluida ante el hecho, claramente constatable, de que en los últimos decenios los entes colectivos morales y los entes societarios se han aproximado, en la práctica se han creado entes societarios que carecen de la finalidad de perseguir un lucro subjetivo, mientras que, por el contrario, un número considerable de entes morales ejercitan regularmente actividades de empresa. Es precisamente el despliegue de dicho tipo de actividades, por parte de asociaciones y demás entes jurídicos, sumada a la reforma operada en el derecho societario que ha introducido la posibilidad de transformaciones heterogéneas y a la nueva disciplina de la empresa social, la realidad que el legislador de la reforma debe considerar para integrarla adecuadamente en el título I del libro II del código civil, creando, ex novo, la correspondiente normativa.
- Todas las intervenciones de los operadores jurídicos italianos que se han producido en el área de las asociaciones tienden, irremisiblemente, a respetar y ensanchar la autonomía estatutaria sobre la base de que la libertad asignada a las personas jurídicas no puede ser más restringida que la atribuida a las personas individualmente consideradas; de ahí que el sistema de controles existentes y/o que hipotéticamente se pueda diseñar (referidos ambos a diversos campos de la asociación, como pueden ser la personificación del ente, la gestión y destinación del patrimonio, controles sobre la actividad etcétera) se

<sup>538</sup> “Este cuadro —de instancias nuevas y de disciplina codicística amputada y no racional—, juntamente con la constitucionalización del principio de subsidiariedad, convierte el momento presente en particularmente adecuado para una revisión de la disciplina codicística”. Prele, Ch., *La fondazione. Evoluzione giuridica di un istituto alla ribalta*, cit., p. 187.

ha de mover en los márgenes estrictamente necesarios para garantizar el adecuado cumplimiento de los fines de la asociación de que se trate, así como la efectiva tutela tanto de los asociados como de los terceros, que en virtud de diversos títulos —adherentes, promotores, acreedores— se relacionan con ella. Lógicamente, ello exige examinar cada hipótesis para saber cuál es el tipo de control —administrativo, judicial, de una autoridad independiente, etcétera—, así como, también la intensidad que mejor se adapta a cada categoría de ente, y, en su caso, la eliminación de aquellos controles que, dada la configuración actual y los cambios normativos operados, sean de todo punto innecesarios.

En definitiva, en el espíritu y la cultura jurídica italiana está presente toda la compleja problemática que plantean las asociaciones y las más importantes soluciones ya se han materializado legislativamente, quedando por realizar meros ajustes de técnica jurídica. En cuanto a las que aún quedan por cristalizar, el futuro se presenta francamente esperanzador, dada la existencia de los diversos proyectos que, en materia de reforma de la disciplina en examen, han sido presentados y dado, también, que el camino ha sido y continúa siendo allanado por la doctrina y la Constitución, sobre todo, en tiempos recientes, con la implantación del principio de subsidiariedad y por las decisiones del Tribunal Constitucional que han de informar la disciplina de esta materia. Todo ello sin olvidar lógicamente, la integración y el respeto a la normativa comunitaria, tal y como reconocen expresamente los proyectos de reforma del c.c. supra mencionados. En definitiva, la revisión de las personas jurídicas, con una intervención de tipo orgánico, implicará una reestructuración de las normas codicísticas, teniendo en cuenta la evolución que el instituto ha tenido a impulsos de la doctrina y de la jurisprudencia, para adecuarlo a las nuevas exigencias derivadas de la práctica y no olvidando la legislación especial que

ha representado una nueva forma de enfocar la disciplina de las personas jurídicas.

En esta panorámica, el cuadro normativo en el que se enmarca la regulación de las asociaciones en el ordenamiento jurídico italiano es el siguiente:

1. La Constitución italiana, que en el artículo 18 consagra la libertad del derecho de asociación con carácter general, haciendo aplicación concreta de dicho derecho fundamental al garantizar las asociaciones religiosas (artículo 19), los sindicatos (artículo 39) y los partidos políticos (artículo 49).

También garantizan la libertad de asociación los artículos 2o., 3o.<sup>539</sup> y 118. 4 del mismo texto constitucional que habrá que aplicar sistemáticamente siempre que se trate de dicho derecho.

2. Los artículos 14-42 del código civil en cuanto contengan disposiciones generales aplicables a todo tipo de personas jurídicas privadas, así como los específicos reguladores de las asociaciones reconocidas y no reconocidas.

Dentro del ámbito del código civil hay que insertar, también, las disposiciones de actuación (artículos 1o. a 30 del capítulo I de la sección I, aplicables a las personas jurídicas).

3. Las numerosas leyes especiales que regulan diferentes tipos o aspectos de las asociaciones, teniendo en cuenta que, además de las pertenecientes a la órbita de las leyes-incentivo, que inciden, fundamentalmente, en la dimensión tributaria, existen otras como la ley que regula las asociaciones eclesiásticas, de evidente repercusión jurídica.

<sup>539</sup> Artículo que establece: “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opinión política, de condiciones personales y sociales. Es obligación de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

4. El decreto legislativo 6/2003 que reformando el derecho societario, ha introducido la posibilidad de transformaciones heterogéneas “a tutto campo”.<sup>540</sup>

5. El decreto legislativo de 24 de marzo de 2006, núm. 155, regulador de la empresa social, que ha abierto definitivamente la puerta a la posibilidad de ejercicio de actividades empresariales por parte de los entes no lucrativos.

6. A nivel supranacional, hay que tener en cuenta que la consagración en el Tratado de Lisboa<sup>541</sup> de la libertad del derecho de asociación, hace que dicha libertad haya de ser estrictamente respetada por los ordenamientos de los Estados que forman parte integrante de la Unión, entre los que se encuentra, lógicamente, Italia. De ahí que el fenómeno asociativo, a impulsos también de la normativa comunitaria, haya de ser fuertemente protegido en el ordenamiento jurídico italiano.

<sup>540</sup> De Giorgi, M. V., “Capitolo X. Estinzione, Trasformazione, Fusione”, en Zoppini, A (coord.), *Diritto Civile*, cit., p. 460.

<sup>541</sup> Que ha entrado en vigor el 1o. de diciembre de 2009.