
DE ESCISIONES-FUSIONES, ASOCIACIONES CIVILES Y FUNDACIONES: A LA MEMORIA DE UN *LEADING CASE* QUE NO FUE

*Alejandro Ezequiel Coto**

Resumen:

En este ensayo se explica el caso real de una asociación civil y una fundación por ella constituida que intentaron reorganizarse patrimonialmente a través de una escisión-fusión. En un recorrido por el derecho civil, societario y administrativo, el autor expone las inconsistencias argumentativas de la Inspección General de Justicia para negar la autorización de lo que, de otro modo, hubiera sido un caso señero en materia de entidades civiles.

Palabras Clave:

Entidades civiles – Asociaciones civiles – Fundaciones – Entidades sin fines de lucro – Ley de sociedades comerciales – Ley de fundaciones – Inspección General de Justicia – Escisión – Fusión

Abstract:

This essay explains the case of an unincorporated non-profit association and a foundation such entity had organized, in which both attempted to demerger by means of a spin-off. Throughout Civil, Company and Agency Law, the author shows the inconsistencies of the Inspección General de Justicia¹ in denying a registration that, otherwise, would have been a landmark case as far as non-profit entities is concerned.

Keywords:

Non-profit Entities – Unincorporated non-profit associations – Foundations – Non-profit organisations – Company’s Act – Foundation’s Act – Inspección General de Justicia – Spin-off

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 11 de noviembre de 2013.

* Agente de la propiedad industrial. Estudiante de abogacía (UBA). Ex director, subdirector, tutor y redactor de la REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS (Facultad de Derecho – UBA). Correo electrónico: alexandroscoto@gmail.com.

Manifiesto mi agradecimiento a Leandro Nahuel SCIALFA por su colaboración en la traducción del abstract y los keywords; y a Federico Eduardo OLIVERA, por sus comentarios a las secciones IV y V.

1 *Government agency in charge of registering and controlling business entities.*

EXORDIO

A.1 Tema

Detrás de este ensayo hay una asociación civil, una fundación y un *leading case* (que no fue). Está la Inspección General de Justicia y un expediente resuelto por *cajoneo*. Una materia abandonada por la literatura jurídica y una voz entonces inaudita. Hoy esta voz habla alto y claro.

Las asociaciones civiles y las fundaciones son un bache en la literatura jurídica. La causa es una sola con dos caras. La primera de ellas es que, en general, no interesan estas entidades –al menos, jurídicamente–; y la segunda es que, también en general, poco y nada sabe de ellas nuestra *distinguida* doctrina.

En este escenario se desarrolla esta obra, cuyo principal valor es, indudablemente, su originalidad. En especial cuando parte de una disciplina como el Derecho, donde tantos se han consagrado como distinguidos *doctores* tras peregrinar la senda del refrito.

Aquí exploro la posibilidad de que una asociación civil transfiera parte de su patrimonio a una fundación a través de una escisión-fusión. Dada la especificidad del tema, partiré desde el llano y avanzaré lentamente. Primero desde la generalidad y la abstracción, luego a través de un caso particular, real y concreto.²

Previo a comenzar, introduciré la estructura de mi exposición.

A.2 Metodología

La complejidad del objeto y el desarrollo insuficiente que tienen las asociaciones civiles y fundaciones en nuestra doctrina ameritan dividir la exposición en cinco secciones.

En la **Sección I** introduzco los elementos conceptuales esenciales para el desarrollo de la temática propuesta. El modo de hacerlo será en cada caso igual: desde lo general a lo particular. Así el punto de partida será la categoría de las personas jurídicas, para luego calificar a los dos tipos de entidades como institutos distintos.

Posteriormente, en la **Sección II** presento el instituto de la escisión-fusión y una primera aproximación al sustento normativo por el cual sería jurídicamente viable para este tipo de entidades en determinadas circunstancias. A tal efecto, también explico porqué procede la aplicación analógica de la ley 19.550 de sociedades comerciales para integrar a la ley 19.836 de fundaciones en sus artículos 29 y 36. En este punto argumentaré especialmente en contra de que la diferencia de los tipos entitativos sea un impedimento

² Aunque los expedientes de la Inspección General de Justicia son –aunque hoy morigeradamente– públicos, he decidido distorsionar algunos datos no esenciales para impedir que se conozca la identidad de las partes del caso testigo.

para la aplicabilidad del instituto en cuestión.

Ya en la **Sección III** introduzco los hechos del caso testigo con sus particularidades y concretizo las afirmaciones realizadas en abstracto durante las dos secciones anteriores.

En la **Sección IV** abandono la cuestión de fondo para abordar los aspectos administrativos, más precisamente el fundamento de la intervención de la Inspección General de Justicia, así como su alcance y el grado de discrecionalidad del que dispone para el dictado de la resolución de autorización o denegatoria.

Entonces, en la **Sección V** acabo con una revisión sucinta de las observaciones efectuadas por la Inspección General de Justicia a través de las dos vistas administrativas corridas en sus expedientes, a fin de aprovechar los argumentos en ellas vertidos y apreciar la consistencia conceptual de su posición.

I. INTRODUCCIÓN A LAS ASOCIACIONES CIVILES Y FUNDACIONES

I.A. Personas jurídicas

El primer paso es encuadrar a las asociaciones civiles y fundaciones como personas jurídicas, entidades reconocidas por el derecho como sujetos con aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones –i.e. capacidad de derecho– (art. 30, Cód. Civ.).³

Ya superada la discusión respecto del alcance del concepto de “persona jurídica” con el texto del artículo 33 sustituido por la ley 17.711, LLAMBÍAS (1964) caracteriza a la personalidad jurídica por cinco características (p. 52):

1º) la existencia de distintos patrimonios, el de la entidad y el de los individuos que nutren con su actividad humana la propia de la entidad; 2º) la distinta titularidad de derechos a que da lugar la actividad de la entidad, de manera que los bienes pertenecientes a ella no pertenecen a los individuos integrantes de la misma, y viceversa; 3º) la diversa responsabilidad a que da lugar la aludida actividad, que en principio sólo compromete la de la propia entidad actuante; 4º) la posibilidad de alterar la composición humana del núcleo sin que se modifique la situación jurídica de la entidad; 5º) la posibilidad de que la entidad rija su propio orden interno y establezca los derechos y deberes de los individuos que componen la entidad (corporación) o que se benefician de su actividad (fundación).

³ En adelante, de no efectuarse aclaración alguna y hasta nueva referencia, todos los artículos mencionados corresponden al Código Civil de la Nación. Asimismo, cuando en un mismo párrafo se nombre expresamente un cuerpo –legal, reglamentario o estatutario, indistintamente–, la referencia a artículos sin indicación de pertenencia deberá entenderse como correspondiente a aquella ley o reglamento.

Más allá de estas consecuencias, la personalidad implica al sujeto atributos que deben definirse en el momento de su institución: (a) denominación, (b) domicilio, (c) patrimonio, y (d) capacidad. De éstos nos interesan particularmente los últimos dos.

I.A.1 Personas jurídicas de carácter privado

El Código Civil de la Nación (“Cód. Civ.”) clasifica a las personas jurídicas entre las que tienen carácter público y privado. Esta separación responde a la intención del legislador de distinguir las esferas normativas a aplicarse a cada una de las clases. Así, mientras que el Estado Nacional, las Provincias, los Municipios y las entidades autárquicas se encuentran regidas por el Derecho Público;⁴ las asociaciones, fundaciones, sociedades civiles y comerciales, y otras entidades similares se encuentran comprendidas bajo la esfera del Derecho Privado.

I.A.2 Capacidad

El atributo definitorio de la personalidad jurídica es la capacidad de derecho, es decir, la susceptibilidad de ser pasible de imputación de derechos y obligaciones.⁵

I.A.2.i Principio de legalidad

En nuestro ordenamiento son cuatro los principios fundamentales que rigen la capacidad de las personas jurídicas. El primero de ellos es el principio de legalidad, según el cual toda capacidad cuanto sus límites emanan de la ley.⁶ La recepción normativa de este precepto está dada por el artículo 31, según el cual las personas jurídicas “[p]ueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes”.

I.A.2.ii Principio de capacidad

El segundo principio es aquél por el cual la incapacidad ha de interpretarse en forma restrictiva. La denominación tradicional de esta regla es “principio de capacidad” y se aplica tanto a personas de existencia visible como jurídicas.⁷

⁴ Salvo cuando actúan en carácter de sujetos de Derecho Privado.

⁵ Cuando a refiera a capacidad, siempre deberá entenderse capacidad de derecho. No hay lugar para la confusión, cuando la capacidad de hecho atañe al ejercicio de los derechos imputados a un sujeto (arg. arts. 35 y 36, Cód. Civ.).

⁶ Si bien no adscribo a una interpretación tan amplia del texto constitucional, en ocasión de la primera contestación de vista se ha invocado como refuerzo de este principio al artículo 19 de la Constitución Nacional (LLAMBIAS, 1964: 60). Por mi parte, entiendo que ello va en detrimento de su letra que claramente refiere a personas físicas. Asimismo, esta afirmación debería morigerarse según lo apuntado en el acápite I.A.2.iv.

⁷ “En cuanto a su extensión, la capacidad de derecho es regla y la incapacidad es excepcional. Así lo establecen los arts. 52 y 53 con relación a las personas de existencia visible, y el art. 41 para las

De la letra del artículo 31 se desprende la voluntad del legislador de equiparar liminalmente a las personas en lo que respecta a la atribución de capacidad, precepto que se reitera en el artículo 41⁸ y remite –acaso tácitamente– a los artículos 52 y 53.

1.A.2.iii Principio de especialidad

A su vez, el principio de especialidad opera en un sentido opuesto a la regla de capacidad. Según aquél, el límite de la capacidad de las personas jurídicas está definido por el objeto y finalidad que le fueran aprobados para su funcionamiento como persona jurídica regular: “[l]as personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido” (art. 35). Este objeto es el que habrá de definirse al momento de su *institución* y cumplir con el requisito de tender al bien público exigido por la ley para su autorización para funcionar como persona jurídica por parte de la autoridad de aplicación (art. 33).

Más allá del principio, en concreto no siempre es fácil encontrar el estándar de coherencia para clasificar a un acto o actividad respecto de los fines entitativos, más allá del cual el actuar de la entidad será nulo por la ausencia de capacidad suficiente. En este sentido, LLAMBÍAS (1964) indica que “la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en el mantenimiento de un criterio amplio, habiéndose resuelto que es necesario apreciar con prudencial amplitud los fines de la entidad, en el sentido de que además de los actos jurídicos correspondientes a su objeto, también está capacitada para practicar los que por implicancia sean requeridos para la mejor consecución de aquellos fines” (p. 58).

1.A.2.iv Restricciones provenientes de la naturaleza de las cosas

Una última limitación a la capacidad es aquella que es un correlato lógico de la naturaleza de los sujetos. Dada la evidencia de esta limitación, me limitaré a ejemplificar con la obviedad: una persona jurídica no podría jamás ejercer derechos de familia.

1.A.3 Personas jurídicas con finalidad de bien común

Dentro de la clase de personas jurídicas de carácter privado, asociaciones civiles y fundaciones se distinguen por el cumplimiento de determinadas exigencias contenidas

de existencia ideal, si bien limitadas por su objeto (art. 35)”, (BELLUSCIO y ZANNONI, 1984: 136). “Es reputado *principio general*, con fuerza para favorecer a todos los no exceptuados. De ahí que sentado el principio básico como lo hacen los arts. 52 y 53, ya queda agotado cuanto hay que decir sobre todo por las excepciones, y ellas son las que llenan los articulados de los códigos” (sin destacado en el original), (LLAMBÍAS, 1964: 104).

⁸ “Artículo 41.- Respecto de los terceros, los establecimientos o corporaciones con el carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias o legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones e intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales”.

por el artículo 33: “que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar...”.

Veamos cuáles son los requisitos que la ley exige por igual a asociaciones civiles y fundaciones.

1.A.3.i Objeto principal de bien común

El objeto de bien común no sólo es medida de su personalidad –en términos de su capacidad y por aplicación del principio de especialidad–, sino también la *ratio essendi* del reconocimiento de existencia jurídica y privilegios por el legislador.

Si bien se han esbozado distintos intentos de definir el concepto de bien común, los precedentes jurisprudenciales⁹ acreditan su carácter difuso y variable. Más allá de las distintas tesis, hoy existe el estándar del artículo 364 de la resolución general 7/2005 de la Inspección General de Justicia, que oportunamente abordaré.

1.A.3.ii Patrimonio propio

La existencia de un patrimonio de la persona jurídica es una condición inevitable para su personalidad jurídica y la consecución del objeto de bien común. La afectación de este patrimonio al objeto de bien común requiere que, a su vez, en el acto de institución se le reconozca a la entidad capacidad para adquirir los bienes y contraer las obligaciones necesarias a aquel fin.

Asimismo el artículo 33 exige que la subsistencia patrimonial de la entidad no deba provenir exclusivamente del Estado. De otro modo, la persona jurídica no sería más que un *alter ego* suyo, y carecería de justificación el reconocimiento de una segunda personalidad.

1.A.3.iii Autorización para funcionar como persona jurídica

La última exigencia del artículo 33 es la obtención de una autorización para que la entidad funcione como persona jurídica. Este acto tendría un carácter constitutivo cuando se sujeta el comienzo de la existencia de la persona jurídica a su otorgamiento (art. 45), aunque “con efecto retroactivo al tiempo en que se verificó la fundación” (art. 47).

I.B. Asociaciones civiles y fundaciones

Una vez encuadradas las asociaciones civiles y fundaciones dentro de la categoría de las personas jurídicas de carácter privado con finalidad de bien común, corresponde especificarlas más allá de la identidad primera que les imprime el artículo 33. La importancia

⁹ Cfr. los fallos de la Corte Suprema de la Nación Argentina en “[CHA]” (1991) y “[ALITT]” (2006), y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “[AAS]” (2003).

de señalar las diferencias estructurales entre el tipo asociacional y fundacional apunta a la aplicabilidad del instituto de la escisión-fusión al caso testigo.

I.B.1 Asociaciones civiles

La legislación nacional ha tenido en una histórica situación de orfandad a las asociaciones civiles –acaso deliberadamente, para que prime en su vida entitaria el principio de autonomía de la voluntad más puro–. No obstante, se pueden trazar los siguientes lineamientos para caracterizar a las asociaciones civiles (LLAMBÍAS, 1964).

En primer lugar, estas entidades se caracterizan por la primacía de su sustrato subjetivo, constituido por miembros (o *socios*) fungibles que administran, gobiernan y reciben el beneficio inmediato¹⁰ de la actividad asociacional. En su faz orgánica, las funciones de administración y gobierno están escindidas en la asamblea de socios y la comisión directiva –integrada por representantes–.

En segundo lugar, la autonomía asociacional. Según ella, el fundamento del estatuto de las asociaciones civiles radica en la voluntad de sus miembros quienes pueden modificarlo según las conformidades previstas en aquél y las mayorías sociales que se forjen en la asamblea de socios, democráticamente.

Una tercera característica ya la adelanté antes: la finalidad de las asociaciones civiles se realiza en el seno entitario – y, a partir de él, este núcleo redundante en beneficio de la comunidad.¹¹ De aquí que los socios tengan derecho a exigir de la entidad la prestación de los servicios y beneficios previstos en sus estatutos.

Lógicamente, la caracterización debe completarse con los requisitos introducidos por el artículo 33 del Código Civil, por el cual deben tener objeto de bien común, autonomía patrimonial, contar con recursos suficientes como para desarrollar su actividad en independencia de asignaciones del Estado, estar instituidas con capacidad suficiente para la consecución de su objeto altruista y autorizadas administrativamente para funcionar como personas jurídicas.

Así, concluimos este acápite con la definición de CROVI (2006), quien señala que “las asociaciones civiles son personas de existencia ideal que nacen de la unión estable de un grupo de personas físicas o jurídicas que persiguen la realización de un fin de bien común no lucrativo” (p. 33).

¹⁰ Sostengo que el bien común no es un carácter unívoco, sino relativo a cada tipo de entidad. En el caso de las corporaciones, sus miembros constituyen una instancia de intermediación entre persona jurídica y la comunidad; y de ahí que resulte concebible la consecución del bien común. Por el contrario, dada la inexistencia de miembros en el esquema de las fundaciones, en éstas no existe la intermediación y su realización del bien común sólo puede ser directa, inmediata.

¹¹ Lamentablemente, el artículo 364 de la resolución general 7/2005 de la Inspección General de Justicia no aprende correctamente esta noción, que se impone a claramente en los hechos. Valga como ejemplo el caso de los clubes deportivos, los cuales adoptan la forma de asociaciones civiles.

I.B.2 Fundaciones

Por su parte, el instituto de las fundaciones se construye a partir de una norma especial que las rige: la ley 19.836 de fundaciones.¹² Según el artículo 1, las fundaciones “son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines... [que p]ara actuar como tales deberán requerir la autorización [administrativa]...”.

Independientemente de los derechos que puedan reservarse los fundadores en el acto constitutivo, CROVI enseña que (2008: 51),

[a] diferencia de lo que sucede con las restantes personas jurídicas de carácter privado (asociaciones, sociedades civiles y comerciales), las fundaciones no necesitan del concurso de varias voluntades para ser creadas. La fundación no tiene miembros, no necesita de la unión estable o transitoria de un grupo de personas físicas o jurídicas; basta sólo la voluntad del fundador que se manifiesta por un acto unilateral.

La voluntad de quienes transfieren una porción de su patrimonio a la entidad en constitución cuenta con el reconocimiento por la ley de numerosas y significativas prerrogativas respecto del funcionamiento, administración y finalidad entitaria.

Asimismo, de lo anterior se desprende una segunda característica tipificante: la ausencia de un sustrato subjetivo. Las fundaciones no tienen miembros, sino *fundadores* –aportantes originarios que participan en el acto fundacional–, *aportantes* –quienes contribuyen con la obra fundacional en actos ulteriores–, *consejeros* –quienes integran el órgano de gobierno y administración de la entidad– y *beneficiarios* –quienes aprovechan el bien común producido–.

De lo anterior, el elemento típico es material y lo constituyen los activos –en especial, patrimoniales– (CAHIÁN, 2003: 51), afectados a la realización de su finalidad altruista. Este patrimonio es administrado por terceros designados según el acto de institución y el estatuto fundacional, quienes integran el consejo de administración.

La ausencia del sustrato subjetivo tiene dos consecuencias relevantes. La primera es que los beneficiarios no tendrían, *prima facie*, un interés legítimo a las prestaciones de la fundación; mientras que la segunda es el importante rol que ocupa la Administración como agente de fiscalización y contralor del funcionamiento y actividades fundacionales. No obstante, CAHIÁN, con acierto, apunta que (ps. 142-3),

¹² Sea dicho de paso, coincido con CROVI (2008) cuando señala que “[l]a ley 19.836 tiene más de tres décadas de vigencia y el mundo ha cambiado como para pretender que sus disposiciones sean vigentes” (p. 68), en el sentido de que sería hartamente conveniente su adecuación a los tiempos actuales.

[e]s propicio en el punto citar un principio significativo: *en esta materia, el Estado, no debe ser indiferente ni absorbente.*

Ello es de esta manera por cuanto la presencia del Estado como ente supervisor no debe interferir, coartar o sustituir a las instituciones ni a sus múltiples manifestaciones autónomas...

Sólo cuando la existencia o las actividades de una entidad se tornan perjudiciales desde el punto de vista público, el Estado interviene para subsanar, rectificar o reorganizar. En sentido contrario, cuando la continuidad institucional de una entidad es beneficiosa para la sociedad, también el poder público asume la responsabilidad de arbitrar los medios para la reconducción de aquélla.

En esta misión supervisora, de contralor, que debe ejercer el Estado, el mismo debe manifestarse... mediante una *sutil* presencia que en nada afecte el pleno desenvolvimiento de la entidad, mientras no se produzcan un desvío o incumplimiento de los propósitos para los que se fundara y fuera reconocida.

La intervención estatal está justificada por el reconocimiento de personalidad jurídica y exenciones impositivas a entidades consistentes en patrimonios afectados a finalidades de bien común y sujetos a la administración de terceros. En la actualidad, esto presenta el agravante de que el lavado de activos de origen delictivo encuentra en este tipo de personas un vehículo atractivo, lo cual ha motivado un especial énfasis en la atención merecida por parte de agencias estatales como la Unidad de Información Financiera y la Inspección General de Justicia, como sujeto obligado a informar (art. 12, ley 25.246 – texto según ley 26.683).

De esta manera, resumimos la definición de fundación en el concepto que construye GIUNTOLI (2004: 28),

la persona jurídica que posee patrimonio propio, tiene por objeto el bien común, es capaz de adquirir bienes, no subsiste exclusivamente de asignaciones del Estado, y ha obtenido autorización para funcionar. Constituye un patrimonio de afectación, administrado por terceros, al efecto de lograr la consecución del objeto cristalizado en su estatuto por el fundador, produciendo un beneficio a la comunidad, y satisfaciendo una carencia.

II. ESCISIÓN-FUSIÓN Y LEY APLICABLE

II.A. Tema

Hasta aquí (Sección I) introduje y caractericé a las asociaciones civiles y fundaciones. En esta segunda parte haré lo propio con la escisión-fusión, y luego argumentaré –siempre en abstracto– la aplicabilidad de este instituto a los tipos entitarios antes referidos cuando se cumplen determinadas circunstancias.

II.B. Escisión-fusión

La ley 19.550 define a la escisión-fusión en su artículo 88, punto I, que reza “[h]ay escisión cuando... [u]na sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad...”. A su vez, en el último párrafo de la norma de referencia se limita el articulado aplicable para este instituto a los artículos 83 a 87 de la ley.

Dado que la sección XI de la ley 19.550 que comprende a los artículos 82 a 87 y el único excluido es el que define a la fusión y sus efectos, claramente la intención del legislador ha sido que este instituto sea la integración sucesiva de la escisión y la fusión. En consecuencia, la escisión-fusión consiste en: (a) el desmembramiento parcial del patrimonio de una sociedad (*escidente*); y (b) la incorporación de este patrimonio (*escindido*) al patrimonio de otra sociedad (*absorbente*) existente, la cual adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones transferidos al inscribirse.

Atento a lo expuesto, en lo sucesivo consideraré separadamente las partes integrantes de este instituto complejo. Solo así resulta posible el análisis de la viabilidad de que las fundaciones se fusionen o que las asociaciones civiles se escindan.

II.C. De asociaciones civiles y escisiones

Anteriormente apunté que las asociaciones civiles carecen de una legislación especial que norme su existencia – más allá del Código Civil y el libro VIII de la resolución general 7/2005 de la Inspección General de Justicia (“resolución general 7/2005” o “res. gral. IGJ 7/2005”).¹³ Sin perjuicio de esta escasez de normas, no hay lugar a dudas de que ellas pueden tanto adoptar la forma de sociedades comerciales (art. 3, ley 19.550; art. 430, res. gral. IGJ 7/2005) cuanto escindirse y fusionarse (art. 431, resolución general 7/2005). Así, descartamos de plano que las formas de reorganización de la ley 19.550 sean exclusivas de las sociedades comerciales, cuando también pueden realizarlas otro tipo de personas jurídicas: las asociaciones civiles.

En este sentido, existe un antecedente –acaso el único– de escisión de asociaciones civiles en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que es el de la Unión de Rugby de Buenos Aires (URBA) de la Unión Argentina de Rugby (UAR) en 1995.

II.D. De fundaciones y fusiones

Demostrada la viabilidad de la escisión de una asociación civil, corresponde analizar la posibilidad de que una fundación se fusione. Aquí nuevamente la conclusión es afirmativa, porque la ley 19.836 contempla expresamente este supuesto en sus artículos 29 y 36. Estas vías pueden clasificarse según provenga la voluntad de fusionar de los administradores (art. 29) o de la autoridad de aplicación (art. 36).

¹³ Distinto es el caso de las sociedades comerciales (ley 19.550), las fundaciones (ley 19.836), las sociedades civiles (arts. 1648 a 1788bis, Código Civil), cooperativas (ley 20.337).

Dado que el segundo de los supuestos está restringido a fusiones entre fundaciones (y no otras personas jurídicas), simplemente indicaré que el artículo 36 dispone que la autoridad de aplicación tiene la potestad de disponer la fusión de dos o más fundaciones cuando el objeto establecido por el fundador hubiera devenido imposible, en procuración de respetar en la mayor medida la voluntad de aquél; o asimismo cuando la multiplicidad de fundaciones de objeto análogo hiciere aconsejable la medida para su mejor desenvolvimiento y fuere manifiesto el mayor beneficio público.

II.D.1 Fusión de fundaciones con entidades similares

Comenzaré este sub acápite con la transcripción en lo pertinente del artículo 29 de la ley 19.836, que merecerá nuestra consideración en lo sucesivo: “[s]alvo disposición contraria del estatuto, las reformas del mismo requerirán por lo menos el voto favorable de la mayoría de los miembros del consejo de administración, y de los dos tercios en los supuestos de modificación del objeto, fusión con entidades similares...”.

El artículo transcrito es el que establece las mayorías necesarias para las reformas del estatuto fundacional, modificación del objeto y –lo más interesante– la fusión con entidades similares. La previsión de estos mínimos está orientada a la protección de la voluntad del fundador que afectara un patrimonio a una finalidad de bien común. Asimismo, la norma condiciona la fusión a que sea con “entidades similares” para evitar que el patrimonio pueda desafectarse por la fusión de la finalidad de bien común.

Ahora bien, el texto del artículo incluye infelizmente el término “similares”, sin que la ley provea un criterio para la determinación de su significado. Dado que el artículo 36 contempla exclusivamente la fusión con otras fundaciones, depende del alcance de la similitud requerida por el legislador entre las entidades intervinientes para concluir si es posible la escisión-fusión de una asociación civil con una fundación.

Sin perjuicio de las consideraciones que desarrollo seguidamente, entiendo que la similitud debe ser comprendida en términos de la finalidad de bien común a la que están concebidas estas entidades. No son las fundaciones en sí, sino el interés público que satisfacen el objeto de tutela. En consecuencia, las fundaciones podrían fusionarse con entidades del mismo carácter (por ejemplo, asociaciones civiles –cuando éstas fueran fusionarias y la fundación, absorbente–) e, inclusive, con otros patrimonios escindidos que la fundación fuera a absorber.¹⁴ Semejante fusión no afectaría disvaliosamente el interés público, sino que, por el contrario, importaría un aumento de los recursos afectados a la realización del bien común – que el Estado debe fomentar y facilitar.

II.D.2 Significado vulgar del término

De conformidad al artículo 16 del Código Civil, el punto de partida para la resolución de esta cuestión ha de ser la exégesis del legislador, es decir, las palabras de la ley. Así, la

¹⁴ Siempre y cuando se verifiquen las condiciones indicadas al final del acápite [II.D.5]

definición que propicia la Real Academia Española, máxima *autoridad* de nuestra lengua, es “[q]ue tiene semejanza o analogía con algo”.¹⁵

II.D.3 Distinción en la norma

En segundo lugar, todavía desde la exégesis, las fórmulas de los artículos 29 y 36 sugieren que el legislador realiza una distinción. En éste último, estaría condicionada su legalidad a que sea entre dos fundaciones; mientras que en el primero, entre una fundación y una entidad similar. Así, el principio interpretativo a aplicar es el inverso del adagio según el cual no debemos distinguir donde el legislador no lo hace.

II.D.4 Similitud en el tratamiento normativo

Otro criterio para la evaluación de la semejanza, pero conteste con el del sub acápite anterior, consiste en advertir el tratamiento analógico que tanto el legislador como el poder reglamentario le ha conferido a las asociaciones civiles y fundaciones.

En primer lugar, tanto el Código Civil en su texto original como el reformado por la ley 17.711 dieron a ambos tipos el mismo tratamiento (el título I de la sección I del libro I), y les exigieron los mismos requisitos para su constitución y otorgamiento de personería. No es éste un detalle menor, dado que ha sido el Código Civil toda la normativa e igualmente aplicable a ambos tipos entitativos –con contadas excepciones– sin distinción durante ciento tres años, hasta la sanción de la ley 19.836 de fundaciones (1972). Pero su sanción tampoco alteró en absoluto esta situación. Baste apreciar que si se reemplazara el término *fundaciones* por *asociaciones civiles* en su artículo 1, se vería que lo normado para una es perfectamente válido para la otra. Exactamente lo mismo sucede con sus artículos 2, 3, 4 y 8, entre otros. No es casual que igual entendimiento haya inspirado al legislador en ocasión de sancionar la ley 22.315 orgánica de la Inspección General de Justicia, puesto que las asociaciones civiles y fundaciones son reguladas con los mismos artículos y términos. Otro tanto corresponde señalar en lo que respecta al decreto 1493/82 del Poder Ejecutivo Nacional, reglamentario de la ley referida.

Por su parte, la resolución general 7/2005 de la Inspección General de Justicia también les dedica un tratamiento conjunto en el libro VIII, donde comparten su capítulo I y cinco de las nueve secciones del capítulo II. En tal sentido resulta paradigmático el artículo 434, que dispone que “[l]es son aplicables [a las fundaciones] en lo pertinente los artículos 403, 407, 408, 412, 420, 421, 422 y 427 y las restantes disposiciones previstas en las secciones anteriores para las asociaciones civiles...”.

Ante esta realidad, la única explicación posible a que el legislador haya dado un tratamiento tan similar a dos entidades es que ellas son similares, puesto que, de otro modo, no correspondería la aplicación de las mismas soluciones normativas. Y, supuestamente, no

15 <http://www.rae.es/>

cabe presumir la inconsecuencia ni la imprevisión en el legislador.¹⁶

II.D.5 ¿Y las diferencias entre los tipos entitarios?

Por un momento intentaré sostener la tesis adversa de que las fundaciones y asociaciones civiles no son similares para el caso testigo. Elementos para sostener la falta de similitud entre estos tipos de entidades existen y provienen de las diferencias en la naturaleza de los tipos entitarios (LLAMBÍAS, 1964: 120):

1. Las asociaciones civiles tienen miembros que reciben el beneficio de la actividad de la entidad; las fundaciones carecen de miembros, solo tienen administradores y beneficiarios que son externos a ella.

2. El estatuto de la asociación civil se origina en la voluntad de los socios que pueden modificarlo conforme a sus previsiones; mientras que el estatuto de una fundación se origina en la voluntad del fundador, que es persona ajena a la entidad y no puede reformarlo por sí.

3. El fin de una asociación civil se realiza en el seno de ella, pues tiende al beneficio de los propios socios; mientras que el de una fundación es externo a la entidad cuando tiende al beneficio de terceros ajenos a ella.

4. Los socios de una asociación civil tienen derecho a exigir de la entidad la prestación de los servicios y beneficios previstos estatutariamente; por el contrario, los beneficiarios de una fundación carecen de ese derecho, y solo la autoridad pública de fiscalización y contralor puede rectificar las desviaciones en que hayan incurrido los administradores de la entidad respecto de sus estatutos.

En resumidas cuentas, estas diferencias se originan en la primacía del elemento subjetivo-contractual en las asociaciones civiles y la exclusividad del elemento objetivo-material en las fundaciones. La pregunta es entonces si éstas son significativas respecto de la similitud del artículo 29 de la ley 19.836. Mi respuesta es negativa, y se funda en que la *ratio legis* es la protección de la actividad y los activos afectados al bien común. Máxime cuando la escisión-fusión es un proceso de reorganización patrimonial para el cual no resultan relevantes el resto de los elementos, siempre y cuando: (a) no se perjudiquen los derechos de los asociados; (b) no obste a la consecución del objeto de las entidades; (c) no se perjudique a la fundación con la absorción del patrimonio escindido; y (d) no se perjudique a terceros acreedores.

Verificada la falta de afectación de intereses, no se entiende cómo el Derecho puede ser

¹⁶ Así ORGAZ (1984) señala que “[c]omo regla general ha de admitirse que el significado que se desprende inmediatamente de la letra de la ley traduce correctamente la voluntad del legislador; lo contrario sería presumir que éste, de ordinario, redacta defectuosamente su mandatos y prohibiciones, presunción que sería, por sí misma, arbitraria” (p. 1024).

un obstáculo a la realización de una reorganización patrimonial que implique un aumento de la eficiencia de entidades de bien común por la redistribución de sus activos.¹⁷

II.E. De la aplicación de la ley 19.550

Hasta aquí, las asociaciones civiles y fundaciones pueden emprender una reorganización patrimonial a través de una escisión-fusión, bajo determinadas condiciones. En este sub acápite explicaré porqué la ley 19.550 es la norma aplicable para la realización de este proceso.

II.E.1 Argumento exegético

El primer argumento es el que parte de la realidad histórica que enmarca a la sanción de las leyes 19.550 y 19.836: ambas fueron concebidas por exactamente el mismo legislador. Prueba de ello es que fueran sancionadas y promulgadas con una diferencia temporal de apenas cinco meses.¹⁸ De ahí que bien quepa interpretar, cuando se emplea en ellas el término *fusión* de manera indistinta que se está significando en cada caso al mismo instituto –*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*–. Este mismo entendimiento está latente en el artículo 16 del Código Civil, cuando refiere a la solución de las cuestiones civiles a través de las palabras.

De esta manera, un primer argumento para sostener la aplicación extensiva de la ley 19.550 en lo que respecta a la fusión consiste en advertir que se trata del mismo concepto, designado mediante el mismo término y por el mismo legislador, con lo que corresponde consecuentemente la aplicación por remisión tácita.

II.E.2 Argumento sistémico

Sin perjuicio de la referencia a la fusión, la ley 19.836 no determina cuáles son las normas que han de regular este procedimiento. Sin la remisión a la ley 19.550, nos encontraríamos ante una laguna normativa irresoluble. Tanto peor para el caso de las asociaciones civiles que, de hecho, se constituyen, funcionan, escinden y fusionan sin una ley especial que las norme. Esta misma solución parecería estar también contemplada en la resolución general 7/2005 de la Inspección General de Justicia en sus artículos 431 y 434, párrafo 2do.

¹⁷ En el fondo, es éste el quid de este artículo: cómo algunos funcionarios públicos son incapaces de superar su aferramiento a conceptos absolutos y finales –por ejemplo, “la única nota común entre asociaciones y fundaciones es la de pertenecer ambas –por imperativo legal– al mundo de las entidades de bien común, sin fines de lucro” (CALCAGNO y VITA, 2012: 200)- y como su oscurantismo subvierte *gratia artis* al Estado como promotor máximo del bienestar general y al Derecho como camino a la Justicia.

¹⁸ Más precisamente, ley 19.550 de sociedades comerciales fue sancionada y promulgada en el 3 de abril de 1972 mientras que la ley 19.836 de fundaciones, en el 15 de septiembre del mismo año.

II.E.3 Argumento analógico

El tercer argumento, subsidiario al primero, para la aplicación del articulado de la ley 19.550 también se extrae de la letra del artículo 16 del Código Civil, donde se introduce como tercera vía de solución a las insuficiencias normativas a “los principios de leyes análogas”.

En un sentido técnico-jurídico, la *analogía* es el proceso lógico por el que se induce el principio informante de soluciones particulares –el espíritu de la ley– para buscar “sus condiciones de aplicabilidad en otros supuestos, en los cuales, de corresponder, aquellas soluciones son aplicadas por vía de deducción”. De este modo, la analogía sirve para la resolución de inconsistencias normativas no decididas por la exégesis, sino por el espíritu de la ley sobre la base de una relación de semejanza entre una situación jurídica no considerada con otra que sí lo ha sido.

Lo esencial para su aplicación es que el caso no normado sea sustancialmente semejante al previsto por la norma, es decir, que uno y otro tengan uno o más elementos comunes, aunque los demás sean distintos, con tal que las diversidades no sean sino accesorias al efecto. Por el contrario, no se requiere que ella esté autorizada por la ley – independientemente de que así esté dispuesta por el ordenamiento jurídico vigente, salvo en materias específicas (v.gr. en materia penal)–, porque constituye un medio de integración del derecho.

En resumen, la interpretación analógica nunca supone una extrapolación, es decir, la aplicación *ad pedem litterae* de cierta solución normativa sin atender a la particularidad de la “cuestión” del artículo 16, sino la aplicación a una situación no considerada la solución jurídica de otra que sí lo ha sido que es semejante en lo atinente. Pero adviértase que la similitud en los presupuestos de hecho no implica su identidad, razón por el cual resulta improcedente la exigencia de que se produzcan los mismos resultados.

Tal cual puede advertirse a la luz de lo expuesto en las secciones anteriores, el recurso de la analogía resulta inevitable para materializar la remisión sostenida, por cuanto, más allá de las similitudes referidas, existen diferencias entre las sociedades comerciales, las asociaciones civiles y las fundaciones.

Aun si se obviara el abordaje general, la analogía también procede por la propia técnica reglamentaria aplicada en el dictado de la resolución general 7/2005 de la Inspección General de Justicia: “[l]os actos indicados en los dos artículos anteriores requieren la autorización de la Inspección General de Justicia para producir efectos. Se aplican analógicamente las disposiciones pertinentes de la Ley N° 19.550 y las del Título II del Libro II de estas normas...” (art. 432). Estos actos son los de transformación, fusión y escisión, cuando la resolución general 7/2005 dispone que “[l]as asociaciones civiles pueden fusionarse o escindirse” (art. 431).

En estos términos, la procedencia de la aplicación analógica de la ley 19.550 en su parte pertinente para realizar el proceso de reorganización patrimonial de la escisión-fusión entre una asociación civil y una fundación ya no requiere mayores aditamentos.

III. EL CASO TESTIGO

III.A. Hechos

Expuesta la base teórica de la escisión-fusión entre una asociación civil (escidente) y una fundación (fusionante), procederé a introducir los hechos del caso testigo.¹⁹

Para comenzar con mi exposición de los hechos diré que mucho antes de que yo naciera se instituyó una asociación civil (en adelante, “Asociación Civil”) con el objeto dedicarse a la educación de una determinada colectividad, cuya primera y única unidad educativa fue también por mucho tiempo la educación primaria (“Escuela”). Con el paso del tiempo, su modelo demostró ser exitoso, y la Asociación Civil desarrolló una escuela secundaria, un preescolar y una prestigiosa universidad (“Universidad”).

A fines de la década los noventa, la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (“CONEAU”) emitió un informe que sostenía la necesidad de evaluar el grado de autonomía de la Universidad contenida en la Asociación Civil. Esta evaluación sugirió la incompatibilidad de que dentro de una misma persona jurídica convivieran una escuela primaria, una secundaria y una universidad (art. 62, ley 24.521). Por ello, en 2007, la Asociación Civil resolvió constituir una fundación (“Fundación”) “a fin de consolidar la labor educativa en los niveles terciario y universitario” (del acta de asamblea). En 2008 la Asociación Civil realizó el acto constitutivo de la Fundación, y ésta obtuvo la resolución para funcionar como persona jurídica en 2009.

No obstante, el traspaso de la Universidad no se produjo en ocasión del aporte patrimonial constitutivo de la Fundación, sino que la intención de la fundadora era que esta reorganización se realizara tras la autorización administrativa. El procedimiento elegido para llevar a cabo esta reorganización fue la escisión-fusión. En 2010, la Asociación Civil y la Fundación presentaron su intento de reorganización ante la Inspección General de Justicia.

III.B. Particularidad del caso testigo

Más allá de las similitudes acusadas en abstracto en la [Sección II](#), que son perfectamente aplicables al caso de la Asociación Civil y la Fundación, en este acápite introduciré dos argumentos adicionales que deberían fortalecer la relación.

III.B.1 Similitud en objeto estatutario

El primero de ellos es el hecho de que comparten un objeto de bien común a la actividad educativa. En este sentido, el estatuto de Asociación Civil dispone respecto de su objeto que “[s]us fines son de carácter exclusivamente académico o educativo y sin fines de lucro. Impartirá enseñanza y efectuará actividades conexas en el país o en el extranjero,

¹⁹ Aquí insisto nuevamente: como sucede en estos casos, distorsionaré los hechos en lo mínimo e indispensable para que no puedan identificarse a las partes.

en los niveles preescolar, primario, secundario, terciario, universitario, especial o cualquier otro...” (art. 3). Mientras que también el estatuto de Fundación Universidad dispone:

Artículo 3.- La FUNDACIÓN tendrá por objeto servir a la comunidad impartiendo educación terciaria, universitaria y de niveles vinculados, desarrollando investigación científica, artística y social, y realizando actividades de extensión y capacitación profesional, todo ello en el marco de los valores éticos y morales de su herencia humanista, los derechos humanos según la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Constitución Nacional. Funcionará sin fines de lucro.

De aquí, lo obvio: ambas tienen un objeto educativo. El primero es mucho más amplio –atento a las actividades que ha ido acumulando la Asociación Civil a lo largo de su historia–, mientras que el segundo está acotado a niveles terciarios y universitarios –en concordancia con el propósito original de Fundación de recibir y encargarse de la Universidad–. Evidentemente, esta similitud estatutaria refuerza la requerida por el artículo 29 de la ley 19.836 que apuntásemos oportunamente – que no se limita a lo general (finalidad de bien común), sino que alcanza a lo específico (la actividad educativa, entre otras).

III.B.2 Vinculación entre las entidades

Asimismo, si bien no se trata de un factor de similitud, se entiende que no procede soslayar la vinculación existente entre la Asociación Civil y la Fundación en sus caracteres de fundadora y fundación. Así, el artículo 1 del estatuto de esta última entidad declara:

La ASOCIACIÓN CIVIL es una asociación civil sin fines de lucro que se desempeña en el área educativa, en los niveles inicial, primario y medio desde el año 1838 y en los niveles terciarios y universitario desde el año 1988. Con estos antecedentes, y a fin de consolidar la labor educativa en los niveles terciario y universitario, resuelve crear la “FUNDACIÓN”...

En este sentido, cuadra resaltar en la Fundación su carácter de patrimonio afectado a una finalidad de bien común. De aquí, la importancia que tiene la voluntad del fundador para su destino –el de la Fundación–; y también la protección que el legislador ha conferido a esta misma voluntad en la ley 19.836 (arts. 11, 29, 32, 33 y 36).

III.B.3 Compromiso de aportes futuros

No debe soslayarse que la aprobación de la personería jurídica de la Fundación en su momento se sustentaba no sólo en el patrimonio inicial efectivamente aportado sino, fundamentalmente, en los compromisos de aportes futuros²⁰ a que se refiere el artículo 2 de

²⁰ “En base a la tarea realizada dictaminó que el patrimonio inicial y los compromisos de aportes de integración futura posibilitan razonablemente el cumplimiento de los fines propuestos por la

ley 19.836, y el estatuto de la Fundación:

Artículo 5 - Patrimonio.- El patrimonio inicial de la FUNDACIÓN está constituido por la suma de \$ 100.000 (Pesos cien mil) aportado por su fundadora, la ASOCIACIÓN CIVIL, en el acto de constitución, en dinero en efectivo. Dicho patrimonio se acrecentará una vez obtenida la personería jurídica de la FUNDACIÓN, con los aportes que la ASOCIACIÓN CIVIL le efectúe...

De más está decir que éstos, tal cual se desprende del acta de la asamblea extraordinaria de asociados de la Asociación Civil celebrada en 2008 y el acta constitutiva de Fundación, iban de realizarse a través de una escisión-fusión:

5. *“Autorización para que se informe a la IGJ la intención de eventualmente llevar a cabo una escisión-fusión por parte de la Asociación Civil, una vez que la Inspección General de Justicia haya autorizado a la Fundación como persona jurídica”*.- Luego de una breve deliberación, se resuelve por unanimidad que en caso de que los autorizados lo estimen necesario a los efectos de obtener de la IGJ la autorización para funcionar como persona jurídica, el Presidente de la Asociación y los apoderados designados al tratar el cuarto punto del orden del día, puedan informar la intención de la Asociación Civil de oportunamente escindir parte de sus activos para fusionarlos con Fundación, una vez que se haya obtenido la personería jurídica de Fundación, estando facultados para firmar la correspondiente carta compromiso, si ello fuera considerado necesario o conveniente.

Sin perjuicio de la advertencia, la Inspección General de Justicia rechazaría por *cajoneo* la petición. La incoherencia de la Administración constituye un obstáculo a la consecución de la finalidad de bien común, cuando se cierra la vía jurídica original, legal, transparente y oportunamente explicitada. Como se verá en la [Sección IV](#), esta actuación arbitraria de la Administración Justicia no sólo es injusta – sino también ilegal.

III.B.4 Afectación de derechos

Otra cuestión a considerar es la atinente a la afectación de derechos de terceros o asociados. En este sentido, no existe vía más transparente para garantizar su derecho a terceros interesados que el procedimiento de reorganización patrimonial de la escisión-fusión, dada la aplicación del régimen de oposición de acreedores (art. 83, *in fine*, ley 19.550).

Ahora bien, obviemos por un momento a los terceros, para advertir que tampoco existe

fundación”, del dictamen contable que se emitiera en el expediente de la solicitud de autorización para funcionar como persona jurídica.

afectación disvaliosa de los derechos de los asociados de la Asociación Civil, quienes -y este hecho es fundamental- resolvieron aprobar este proceso de reorganización patrimonial.

Ya he repetido hasta el hartazgo que toda fundación consiste en la afectación de un patrimonio a la consecución de una finalidad de bien común, y que es éste el motivo por el cual el legislador resuelve concederle personería jurídica y determinadas exenciones. Esta lógica se repite en el caso en cuestión, cuando la afectación patrimonial que supone la incorporación de la Universidad a la Fundación es una superación cualitativa en la consecución de los fines de la Asociación Civil; máxime con la rigurosidad del régimen de la ley 19.836 en lo que respecta al escrutinio de su patrimonio, actos y actividades (arts. 20, 22, 30 y 31) con el reaseguro que mantiene la asociación civil fundadora de que no habrá malversación de los recursos a través de los derechos que se ha reservado en su carácter de fundadora.

De esta manera, carece de todo asidero una eventual afirmación en abstracto de que se compromete la consecución de la finalidad educativa de bien común; inclusive, sin referir a las amplísimas competencias con las que cuenta el órgano de aplicación y el estricto escrutinio bajo el que se encuentran estas entidades.

III.B.5 Previsión en el estatuto de la Fundación

Más allá de la manifiesta intención de la Asociación Civil de efectuar una escisión-fusión para completar su aporte a la Fundación, esta posibilidad ya estaba contemplada en el estatuto de Fundación aprobado por la Inspección General de Justicia: “[l]a FUNDACIÓN podrá fusionarse con otras entidades del mismo carácter, que respeten los valores éticos y cívicos descriptos en el artículo 3” (art. 39). El significado del término “carácter” no debe ser causa de confusión alguna: su inclusión deliberada apunta implícitamente a la ulterior escisión-fusión con la Asociación Civil. Así, por esta palabra debe interpretarse la “herencia humanista, los derechos humanos según la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Constitución Nacional” (art. 3) que, obviamente, comparte con la Asociación Civil.

III.B.6 Conservación de la actividad asociacional principal

Por último, procede efectuar una aclaración en lo atinente a los procesos de escisión y, en general, a todas las reorganizaciones patrimoniales de personas jurídicas. Así como a las asociaciones civiles y fundaciones se les concede una autorización administrativa para funcionar como personas jurídicas en razón de que perseguirán un objeto de bien común, aquéllas deben desarrollar las actividades tendientes a la realización de aquél. Entre estas tareas no sólo se encuentra la ejecución positiva de actos concretos, sino la abstención de hacer otros que obstaran la finalidad entitaria.

En estos términos, un proceso de reorganización como el *sub examine* sería inconcebible si importara el desprendimiento de aquellas actividades principales de una de las entidades o de los medios patrimoniales imprescindibles a tal efecto. Asimismo resultaría inadmisibles

que la otra de las entidades asumiera en esta reorganización obligaciones y actividades impropias a su objeto.

En este contexto, un proyecto de transferencia de actividades ha de ser indefectiblemente motivo de un minucioso control por parte del organismo encargado de la superintendencia de las entidades civiles, por cuanto está la posibilidad de que se desnaturalice la misma persona jurídica por la desviación de sus recursos hacia una finalidad diferente de la autorizada.

Al contrario de lo que podría suponerse, dada fama actual de la Universidad, la enseñanza universitaria no es la actividad principal de la Asociación Civil, como se consagra en su estatutos según ya citáramos (III.B.2). Así pues, si bien la actividad universitaria hace a la consecución del objeto de la asociación, de ninguna manera puede asumirse de lo transcrito que aquélla sea el objeto principal que desarrolla.

El fundamento estatuario, a su vez, es coherente con el desarrollo de la Asociación Civil a lo largo de su historia. Mientras que la Escuela fue fundada en a mediados del siglo XIX y la autorización para funcionar con carácter de persona jurídica de la Asociación Civil data de mediados del siglo anterior; y no fue sino hasta fines de la década de los ochenta que se realizara el proyecto de la Universidad. En otras palabras, la Asociación Civil funcionó conforme a derecho sin problemas durante casi medio siglo sin la Universidad.

Por todo lo expuesto, carece del menor asidero la afirmación de que la universitaria es la actividad principal de la Asociación Civil cuando, claro está, su *causa essendi* siempre fue la Escuela. Esta realidad ha sido motivo de una reserva expresa en el perfeccionamiento del Acuerdo Definitivo de Escisión-Fusión, donde se estipula:

CUARTA: A efectos de materializar la “Reorganización”, la “Entidad Absorbente” quedará subsistente e incorporará el “Patrimonio Escindido” y las “Actividades de la Universidad”. En relación a la “Entidad Escindida”, ésta subsistirá, absorbiendo “FUNDACIÓN” sólo el “Patrimonio Escindido”, conforme el artículo 88, apartado I, de la “LSC”. Se deja constancia que: (i) Las actividades correspondientes a la Escuela han continuado y continuarán siendo llevadas a cabo por “ASOCIACIÓN CIVIL” con el patrimonio de “ASOCIACIÓN CIVIL” no escindido...

III.B.7 Recomendaciones de la CONEAU

En línea con lo anterior, un argumento *parajurídico* tendiente a justificar la escisión-fusión es el aportado por las recomendaciones de la CONEAU.

En su Informe de Evaluación Externa para la Universidad, la CONEAU sostuvo que oportunamente debería evaluarse el grado de autonomía de la Universidad, resultante de su subordinación a las autoridades de la Asociación Civil y su compatibilidad con el

ordenamiento jurídico vigente (ley 24.521 de educación superior). Su interpretación del artículo 62²¹ de la ley es la incompatibilidad de la coexistencia dentro de una misma persona jurídica (Asociación Civil Educativa) de una institución universitaria privada –Universidad– con una escuela de educación primaria y secundaria –Escuela–.

No obstante, dado que la CONEAU no tiene competencia para proponer soluciones de corte corporativo, la relevancia que este argumento de carácter de organización académica ante un organismo como la Inspección General de Justicia es bastante relativa.

III.C. Conclusiones

Entonces queda fundada la existencia de elementos normativos suficientes para dar forma al proceso de reorganización patrimonial propuesto por la Asociación Civil y la Fundación. La importancia de esta conclusión es que así se verifica el cumplimiento de los requisitos de legalidad, y se verá en la sección siguiente, de la procedencia de la aprobación administrativa.

IV. LA CUESTIÓN ADMINISTRATIVA

IV.A. Inspección General de Justicia

Como introdujera en la [Sección I](#), las asociaciones civiles y fundaciones son personas jurídicas de carácter privado con objeto de bien común, al tiempo que esta finalidad fundamenta la decisión legislativa de concederles personalidad y privilegios de diversa índole –e.g. exenciones impositivas–. El reverso de este tratamiento preferencial para que los privados puedan encausar su voluntad benefactora con una estructura jurídica que así lo facilite es un régimen estricto de control por el cual la Administración fiscaliza y controla a estas entidades para que no se desvíen de su objeto en fraude a la ley.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estas funciones las ejerce la Inspección General de Justicia (“IGJ”), organismo ubicado bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En palabras de la ley 22.315, “[l]a Inspección General de Justicia tiene a su cargo las funciones atribuidas por la legislación pertinente al Registro Público de Comercio, y la fiscalización de... las asociaciones civiles y de las fundaciones” (art. 3).

Más allá de la enorme incidencia de la IGJ en las vicisitudes de las personas jurídicas, aquí interesa apreciar sus facultades para intervenir en casos como el testigo. En tal sentido, la citada ley dispone que “[l]a Inspección General de Justicia cumple, con respecto a las asociaciones civiles y fundaciones, las funciones siguientes: ... d) autorizar y controlar la fusión

²¹ Ley 24.521, art. 62.- Las instituciones universitarias privadas deberán constituirse sin fines de lucro, obteniendo personería jurídica como asociación civil o fundación. Las mismas serán autorizadas por decreto del Poder Ejecutivo Nacional, que admitirá su funcionamiento provisorio por un lapso de seis (6) años, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, y con expresa indicación de las carreras, grados y títulos que la institución puede ofrecer y expedir.

o disolución resueltas por la entidad...” (art. 10). También corresponde recordar al citado artículo 432 de la resolución general 7/2005, que requiere la autorización de la IGJ para que los *actos* de transformación, fusión y escisión realizados por asociaciones civiles produzcan efectos. Este artículo, a su vez, es aplicable por analogía a las fundaciones por disposición del artículo 434 de la misma resolución general.

IV.B. Inspección general de justicia

Ahora bien, la Inspección General de Justicia es la autoridad competente para resolver la autorización y eventual control del proceso de reorganización. Así, la cuestión pasa entonces por definir en qué consiste el “autorizar” de la Administración, respecto de lo cual BALBÍN (2007: 883) sostiene que:

las autorizaciones suponen un derecho preexistente. Dicho en otros términos, el relato es el siguiente: 1) el particular tiene un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico; 2) el Estado, en el marco de sus potestades de regulación, restringe el ejercicio de ese derecho, sujetándolo al cumplimiento de ciertas condiciones; y, por último, 3) el Estado, si el interesado cumple con esos requisitos, debe dictar el acto de autorización, es decir, remover el obstáculo legal y reconocer el pleno ejercicio del derecho.

Por lo tanto, este acto administrativo estaría comprendido dentro del poder de policía del Estado y, a su vez, sujeta su realización a las limitaciones propias de esta esfera. Al respecto BALBÍN (2007) explica que la Administración sólo podría negar una autorización cuando:

1. Persigue un interés público o colectivo; es decir, el poder de regulación debe armonizar y equilibrar el interés individual con el interés colectivo.

2. Se funde en el respeto y goce de los derechos de otros. Así, y en sentido contrario, el Estado no puede limitar o restringir los derechos de unos, si ello no guarda relación con el reconocimiento de los derechos de otros (p. 766).

3. Se compruebe el nexo en términos de causalidad entre los medios y los fines estatales, y el concepto de proporcionalidad entre estos extremos. En otras palabras, por un lado, las limitaciones o restricciones (medios); por el otro, el interés colectivo, es decir, los otros derechos (fin). Puede ocurrir que el vínculo entre éstos sea inexistente, en cuyo caso la decisión estatal es irrazonable - o que sí estén relacionados, pero de modo desproporcionado (ps. 777-9).

IV.B.1 Autorización administrativa como actividad reglada

Una segunda cuestión a considerar es si, en los términos descriptos, la potestad de autorizar se encuentra comprendida en la esfera de las actividades regladas de la Administración. Para BIAGOSCH (2006: 201-2) –ex Inspector General de Justicia–:

[e]l dictado del acto administrativo [de autorización] podría ubicarse dentro de las llamadas ‘facultades regladas’ de la administración. Estamos en presencia tanto en lo que respecta a la concesión, a la denegación o al retiro de la personería jurídica,²² de una ‘facultad reglada’, propia de la Administración, que, por ser tal su naturaleza, no es discrecional, ya que se encuentra expresamente regulada legal y normativamente en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo ponen de manifiesto las disposiciones citadas.²³

Como bien se sabe, esta potestad de autorizar está comprendida en la esfera de la actividad reglada, lo que significa que la Administración debe actuar conforme a un marco normativo. Si bien así no desaparece por completo la discrecionalidad²⁴ –puesto que ésta subsiste en la valoración de determinados presupuestos de hecho para determinar la aplicabilidad de tal o cual norma–, lo cierto es que ya no se puede hablar de “actividad discrecional” porque estas valoraciones no implican una apreciación subjetiva de los intereses públicos (2006: 201-2).

A partir de lo expuesto hasta el momento, sostengo que existen en nuestro ordenamiento jurídico reglas suficientes para trazar este camino procesal que debe seguir y los valores que debe respetar la Administración por resultarles vinculantes en virtud del principio de legalidad de sus actos. Inclusive, veremos que la referencia al acto administrativo de autorización para funcionar como persona jurídica no constituye un supuesto insalvablemente diferente al del objeto de estudio, cuando la propia normativa de la IGJ dispone la remisión a los mismos criterios para cada una de estas autorizaciones -artículos 363, 364 y 370, resolución general 7/2005-.

Una vez admitida la calidad de actividad reglada de la autorización solicitada por la Asociación Civil y Fundación, el corolario lógico-jurídico es que el cumplimiento de los requisitos preestablecidos normativamente importa el respectivo deber de dictado por la Administración de aquel acto, es decir, la remoción del obstáculo legal y el reconocimiento del pleno ejercicio del derecho por parte del particular.

La clave en este esquema es que, de tratarse de funciones comprendidas en la esfera de actividad reglada, ya no resultaría suficiente, sino que hasta devendría improcedente una resolución contraria a la petición del particular que invocara cuestiones de oportunidad,

²² Todos casos de otorgamiento o retiro de autorización.

²³ Arts. 16 y 45, ley 22.315; art. 45, Cód. Civ. Nótese que BIAGOSCH publica en el año 2006, cuando la resolución general 7/2005 es del año anterior. La relevancia de esta referencia será más patente más adelante.

²⁴ “[L]a discrecionalidad administrativa es una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de *un fin predeterminado*. La discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede residir asimismo en el supuesto de hecho de éstas” (HUTCHINSON, 2004: 301). La cursiva me pertenece y apunta a destacar la finalidad que debe inspirar al actuar de la Administración inclusive en su obrar discrecional.

merito o conveniencia.²⁵

IV.B.2 Autorización administrativa como acto distinto de acto de fiscalización

Un error de fácil factura es la confusión del acto de autorización con uno comprendido dentro de las potestades de fiscalización. Esta posibilidad resulta todavía más tentadora, por cuanto la ley 22.315 limita sus facultades de fiscalización a un control de legalidad “para el ejercicio de la función fiscalizadora, la Inspección General de Justicia tiene las facultades siguientes, además de las previstas para cada uno de los sujetos en particular: “... f) declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, al estatuto o a los reglamentos” (art. 6). Este criterio se repite en el decreto 1493/82 –reglamentario de la ley de referencia–, cuando se supedita la “declaración de irregularidad o de ineficacia a los efectos administrativos de los actos sometidos a fiscalización de la Inspección General de Justicia cuando sean contrarios a la ley, a los estatutos, contratos o reglamentos” (art. 24).²⁶

No obstante, existe una diferencia entre un acto sujeto a fiscalización y otro sujeto a autorización: mientras que la aprobación es un acto administrativo que acepta como bueno un acto de otro órgano administrativo o una persona particular y le otorga eficacia jurídica, la autorización administrativa es aquel acto en cuya virtud un organismo administrativo o una persona particular pueden quedar facultados para (a) emitir un acto jurídico, o (b) desplegar cierta actividad o comportamiento.

Dado el efecto constitutivo que tiene la autorización administrativa en las reorganizaciones patrimoniales, así como la propia terminología aplicada por la ley 22.315 (art. 9, inc. d) y la resolución general 7/2005 (art. 370), no procede la aplicación directa de las normas correspondientes a la fiscalización permanente por no tratarse de este supuesto.

IV.B.3 Condiciones de autorización

Ya se ha visto que el acto administrativo que se peticiona con la presentación del trámite de inscripción de la escisión-fusión es una autorización; que este acto se ubica dentro de la esfera de la actividad reglada de la Administración; y que el cumplimiento de ciertos extremos por parte del particular resulta suficiente para que aquélla tenga el deber de dictar la mentada autorización. La cuestión es ahora determinar cuáles son las particularidades del caso testigo.²⁷

En razón de lo expuesto, se debe centrar la atención al siguiente artículo de la

²⁵ Más adelante veremos que el artículo 364 de la resolución general 7/2005 morigera esta afirmación.

²⁶ Huelga agregar que este último se encuentra contenido en el del capítulo II del reglamento en cuestión, titulado “Disposiciones generales relativas a las entidades sujetas a fiscalización” – y que, obviamente, las asociaciones civiles y fundaciones se encuadran como tales según los términos del art. 3, ley 22.315.

²⁷ Al respecto, BALBÍN (2007) señala que “así como no existen potestades enteramente discrecionales, es casi imposible hallar en el ordenamiento jurídico potestades íntegramente regladas” (p. 489).

resolución general 7/2005: “[l]a Inspección General de Justicia fiscalizará permanentemente el funcionamiento de las entidades y ejercerá el control de legalidad de sus actos sometidos a aprobación o autorización previa, con los criterios resultantes de los artículos 363 y 364” (art. 370).

Más allá del título del artículo, que no debe ser causa de confusión, se dispone claramente que la autorización previa de los actos de asociaciones civiles y fundaciones se supedita a un control de legalidad. A su vez, este control está definido por los criterios resultantes de otros dos artículos de la misma resolución general 7/2005. De ellos interesa especialmente el primero, por ser el que sienta el estándar:

Artículo 363 - Autorización. Pautas genéricas de apreciación.- Para resolver sobre el otorgamiento de autorización... la Inspección General de Justicia apreciará razones de oportunidad, mérito y conveniencia que se funden en el interés público de que las entidades satisfagan finalidades de bien común. Cuidará que sus estatutos se conformen a la ley y a las disposiciones de estas Normas, aseguren su organización y funcionamiento y no contraríen normas y principios de orden público.

Y aquí son válidas las razones de oportunidad, mérito y conveniencia, pero con la particularidad de que deben fundarse en el interés público y la satisfacción de finalidades de bien común. Este estándar está definido en el artículo 364.²⁸ Así, de una interpretación conglobante de ambas normas se desprende que la Administración no podría invocar la oportunidad, mérito o conveniencia para denegar el otorgamiento de la autorización solicitada, si se verificara el cumplimiento del interés público y la finalidad de bien común.

Otra reflexión que permite el artículo transcrito es que el cumplimiento de los extremos requeridos importa la obligación de la Administración de emitir la autorización pertinente. Es decir que se trata de una actividad reglada, donde el comportamiento esencial de la Administración está predeterminado, aun cuando pueda existir cierto margen de discrecionalidad.

IV.C. Conclusión

En esta sección se ha visto que la autorización de la IGJ en este caso es una actividad mayormente reglada; y, en consecuencia, que el cumplimiento por parte de la Asociación Civil y la Fundación de los condicionantes obliga a aquélla a emitir el acto de autorización.

²⁸ Artículo 364.- En la ponderación de las finalidades de bien común de las entidades se considerarán aquellas que contribuyan al bien de la comunidad en general o a las mejores condiciones de la vida social, en contraposición al bien individual o al bien egoísta de un grupo determinado de personas, sin colisionar o contrariar las valoraciones sociales imperantes en el momento en que dicha valoración deba ser efectuada. El bien común debe exteriorizarse y proyectarse hacia la comunidad en su conjunto y expresarse, a través del objeto de las entidades, en finalidades coincidentes con las que el Estado jerarquiza como propias. Las actividades a realizar deberán incidir en forma directa sobre el bien común.

Asimismo, se ha visto que la resolución general 7/2005 impone dos extremos a verificarse: (a) control de legalidad (art. 370); y (b) oportunidad, mérito y conveniencia fundada en la satisfacción de finalidades de bien común (art. 363).

V. VISTAS ADMINISTRATIVAS

V.A. Vistas

Una vez plasmado los conceptos elementales para el análisis del caso, corresponde introducir las vistas administrativas cursadas por el Departamento de Asociaciones Civiles y Fundaciones de la IGJ.

Las vistas carecen de fuerza resolutoria y son la opinión de profesionales del órgano administrativo en materia legal o contable de la cual se habrá de valer el superior jerárquico para resolver. Su influencia en materia jurídica en el caso del Inspector General de Justicia podría decirse que es relativa, puesto que éste –al cumplir los requisitos exigidos a los jueces de las Cámaras Nacionales de Apelaciones (art. 20, ley 22.315)– supuestamente cuenta con el expertise necesario para resolver.

V.B. Vista administrativa de junio de 2011

La primera vista cursada en el expediente²⁹ de la escisión-fusión data de junio de 2011. A continuación transcribo sus partes pertinentes y cuelo en ellas mis comentarios en cada caso – con referencias a los acápites donde desarrollare antes la cuestión, para evitar repeticiones innecesarias.

V.B.1 Ausencia de normativa suficiente

El primer argumento que esgrimido por el Departamento es que no existe normativa suficiente que sustente el proceso de reorganización patrimonial pretendido por la Asociación Civil y la Fundación:

[e]n primer lugar por este trámite se pretende la aprobación de la fusión-escisión de una fundación que absorbe parte de una asociación civil que se escinde, acto jurídico no previsto en la normativa vigente (la ley de fundaciones, 19836, solo prevé para casos determinados la fusión entre fundaciones, mientras que el Código Civil no tiene previsiones al respecto (v. arts. 30 al 50) mientras que solo los arts. 431 y 432 de las Normas de la I.G.J. Resolución N° 7/05 prevén la posibilidad de la fusión y escisión de asociaciones civiles entre entidades del mismo tipo asociacional...

²⁹ Si bien se trata de dos expedientes en lugar de uno, aquí se simplifica atento a que éstos tramitaban en forma conjunta ante la Inspección General de Justicia.

Si bien es cierto que no existe una previsión especial y expresa que indique la viabilidad de una escisión-fusión entre una asociación civil y una fundación; este argumento se demuestra infundado a la luz de lo expuesto en II.B y II.C, donde demostré que no hay laguna normativa alguna y que corresponde integrar a la ley 19.550, el Código Civil y la resolución general 7/2005.

Otro argumento interesante es el que se desprende de la Teoría General del Derecho, abordado también en II.D.5 –aunque con otros términos–. Si se admite que el Derecho es una técnica por la cual los hombres regulan la conducta de las personas con la finalidad de tutelar intereses; y que el proceso de reorganización patrimonial peticionado por las partes en el sub examine no configura la afectación disvaliosa de bienes ni derechos de terceros y, mucho menos, del orden público: ¿a qué (o a quién) tutelaría su denegación? Aún más, ¿puede ajustarse a Derecho un acto impeditivo de estas características que no tutela intereses o, por el contrario, es insalvablemente arbitrario e injusto?

V.B.2 Diferente naturaleza de las entidades

El segundo argumento sostenido, dentro del mismo párrafo arriba transcripto, es que:

tratándose de dos personas jurídicas de naturaleza jurídica diferente la pretensión de las recurrentes resulta inviable.

También se había ya advertido que es evidente que las asociaciones civiles y las fundaciones tienen una estructura jurídica distinta. No obstante, la fuerza de este hecho como óbice es relativa por lo sostenido en I.A.3 y II.D.4, donde sostuve que estas diferencias no son aquí relevantes. Esta reflexión es todavía más contundente cuando se advierte que el proceso de reorganización propuesto acontece entre sus patrimonios y sin importar reformas estatutarias a nivel de organización interno de las entidades.

V.B.3 Ausencia de relación de cambio. Desprendimiento de actividad principal

El tercer argumento para negar la viabilidad de la escisión-fusión es que la Asociación Civil y la Fundación no han dispuesto una relación de cambio o transferencia de socios, mientras que la primera se desprendería de su actividad principal –la universitaria–.

Por otra parte, en el acto traído a aprobación a este organismo se advierte que ambas entidades mantienen sus personerías jurídicas, pero [en] el caso de la Asociación Civil... no se produce traspaso o transferencia de socios personas, o sea no hay afectación de derechos de asociados, sino sólo el desprendimiento de su actividad principal (la universitaria), requisito este insoslayable si la escindida es una asociación civil.

La primera reflexión es que el hecho de que no haya relación de cambio o traspaso de socios es una consecuencia lógica de la ausencia de un sustrato subjetivo en el tipo

fundacional (I.B.2). Admitida la viabilidad de la fusión de fundaciones –donde de ninguna manera puede transferirse más que patrimonios–, este argumento resulta insostenible. Por otra parte, ya se ha señalado que la actividad universitaria no es la principal de la Asociación Civil (III.B.6) y, por lo tanto, no es esencial para su existencia ni la consecución de su objeto.

V.B.4 No configuración de transferencia a título universal

Sin lugar a dudas, el peor de todos los argumentos esbozados en la primera vista es el de su último párrafo:

aplicando analógicamente lo dispuesto en el art. 82 de la ley de sociedades comerciales se produce la fusión cuando la transferencia de patrimonio es a título universal, esto es la nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de la totalidad de los derechos y obligaciones de la absorbida o escindida, situación que no se da en la especie, ya que sólo se transfiere una actividad de esta última, negocio jurídico no reprochable, pero no sujeto a aprobación de este organismo como escisión-fusión de una asociación civil a una fundación.

Esta pretendida aplicación analógica del artículo 82 de la ley 19.550 no sólo no es tal –por el contrario, es una transpolación–, sino que también resulta improcedente por la exclusión expresa que hace de este artículo la propia ley: “[c]uando se trate de escisión-fusión se aplicarán las disposiciones de los artículos 83 a 87” (art. 88).

Igualmente, la afirmación de que la escisión-fusión no estaría sujeta a aprobación tampoco resiste el menor análisis, puesto que así lo dispone el artículo 9, inciso (d), ley 22.315.

V.C. Vista administrativa de septiembre de 2011

Después de que la contestación de la primera vista echara por tierra la mayoría de las observaciones efectuadas, el inspector emitió una segunda vista también tendiente al sostenimiento de la inviabilidad del proceso.

V.C.1 Cumplimiento de condiciones legales no importa aprobación administrativa

En la apertura de la segunda vista, el inspector reitera la admisión de que la escisión-fusión pretendida es perfectamente legal, tal cual sostuviera sobre el final de su traslado anterior: “[q]ue si bien el “negocio jurídico” traído a consideración no está prohibido, por ende es lícito y no reprochable ello no implica concluir que todo acto jurídico entre dos tipos asociaciones está sujeto, necesariamente, a aprobación administrativa por parte de este organismo”.

Ahora bien, una somera lectura de este pasaje permite advertir la afrenta al Derecho

que ello implica por lo expuesto en IV.B.3.

En primer lugar, sostener que el “negocio jurídico” es “lícito” importaría sostener que, tras realizarse un juicio de legalidad (art. 370, res. gral. IGJ 7/2005), el resultado es que aquél está ajustado a Derecho. Ahora bien, afirmar que la escisión-fusión es “no reprochable” podría también interpretarse como una valoración en el sentido es acorde al interés público y la finalidad de bien común de las entidades (arts. 363 y 364), de lo cual resultaría improcedente la invocación de oportunidad, mérito y conveniencia.

En estos términos, que el negocio jurídico sea “lícito y no reprochable” resulta en sí suficiente para sostener el deber legal de la Administración de dictar un acto de autorización del proceso de reorganización patrimonial, mientras que una resolución contraria hubiera sido, lisa y llanamente, ilegal.³⁰

V.C.2 Ausencia de mérito desde la normativa vigente

En el segundo párrafo de la vista declara acertadamente la incompetencia de la IGJ en lo que respecta a la cuestión educativa invocada por las peticionantes: “[e]n ningún caso esta IGJ objeta ni reconoce impedimentos para la reorganización que desde el aspecto educativo pretenden las entidades precitadas, sino simplemente señala que desde la normativa vigente no encuentra elementos que ameriten la aprobación de la escisión-fusión pretendida”. Y cierra con una la reintroducción de la advertencia de que no existen de elementos normativos suficientes para la aprobación de la escisión-fusión.

Respecto a la última sentencia transcripta, corresponde apuntar con BALBÍN (2007) “la ley debe habilitar al ejecutivo para obrar; y por el otro, el ejecutivo cuando obre debe hacerlo según las leyes, es decir, no sólo según la ley específica de habilitación sino el conjunto de leyes que integren el sistema jurídico” (p. 53). Así, el argumento de que se vale el inspector no puede fundarse en la ausencia de normativa para denegar, sino únicamente en la existencia de una norma que lo faculte a obrar en tal sentido.

Asimismo, más allá de remitir a lo oportunamente señalado (IV.B.3), es curioso refiera al mérito cuando éste está ceñido a la satisfacción de finalidad de bien común (art. 363).

V.C.3 Disimilitud de las entidades

El último argumento vertido es el tendiente a desnaturalizar la aplicación del artículo

³⁰ “Uno de los elementos constitutivos de la noción de Estado de Derecho es el de *sumisión de la Administración a la ley*” (HUTCHINSON, 2004: 297). “La concepción del estado de justicia requiere el mantenimiento de un principio, considerado esencial en el Estado de Derecho decimonónico, que ha constituido el modelo de los países de Europa Occidental. Tal principio –denominado de legalidad– se traduce en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad al ordenamiento positivo, el cual limita o condiciona su poder jurídico” (CASSAGNE, 2008: 27).

29, ley 19.836, a cuyo fin se niega la configuración de la condición de procedencia: la similitud de las entidades.

La entidad recurrente sostiene que cuando el art. 29 de la ley de fundaciones admite la fusión de las fundaciones con entidades similares ello no restringe la posibilidad de la fusión con una asociación civil. En este sentido es de hacer notar que salvo el tratarse de personas jurídicas que no tienen fines de lucro, las fundaciones y las asociaciones civiles no son “entidades similares”, sino todo lo contrario. Las diferencias son profundas: el sustrato objetivo en un caso son los asociados y en otra un patrimonio afectado a un fin preciso y determinado, en las asociaciones civiles el principio es la paridad e igualdad de derechos lo que la hace esencialmente democrática mientras que en las fundaciones no existe la figura socio, sino sólo un Consejo de Administración que cumplirá el objeto social y sobre el cuál los fundadores pueden reservarse derechos absolutos en cuanto a su integración y duración en los cargos que pueden ser vitalicios, lo contrario ocurre en las asociaciones civiles las que se basan en la renovación de autoridades y en la limitación de los mandatos...

La mayoría de las diferencias apuntadas hacen a cuestiones políticas y de estructura orgánica interna de asociaciones civiles y fundaciones, y carecen de relevancia cuando el proceso de reorganización contemplaba que ambas quedasen intactas desde un punto de vista estructural/estatutario. Inclusive, no se puede desconocer que también se presentan diferencias esenciales –y acaso con mayor radicalidad– entre los distintos tipos societarios de la ley 19.550, sin que ello constituya impedimento alguno para que, por ejemplo, una sociedad anónima comprendida por una de las clases del artículo 299 de la ley 19.550 pueda fusionarse con una sociedad colectiva

En consecuencia, me remito a lo sostenido en I.A.3 e III.B.1 para lo que respecta a las similitudes interesantes y las particularidades del sub examine que relativizan la trascendencia de las disparidades estructurales que existen entre ellas.

EPÍLOGO

C.1. Comienzo del fin

De la generalidad a la particularidad, de lo abstracto a lo concreto. Es mi voluntad consumir este desarrollo con algunas últimas reflexiones relacionadas a la función y actividad administrativa.

C.2. Vicio en la finalidad

En la teoría del acto administrativo, el elemento esencial finalidad es el que comprende

a los resultados perseguidos por el órgano de origen del acto conforme a lo dispuesto por el ordenamiento. Así, la finalidad es el direccionamiento de la voluntad administrativa, y requiere la interpretación y valoración del interés público desde el punto de vista de la legitimidad, la conveniencia del acto administrativo, la competencia y función del órgano administrativo en cuestión. En esta misma línea, CASSAGNE (2008) explica que “[l]a finalidad que se procura al dictar cualquier acto administrativo debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico apareciendo exigida como un requisito de legalidad del acto, tanto en la actividad reglada como en la discrecional” (p. 210).

El vicio en la finalidad de los actos dictados en ejercicio de poderes discrecionales supone necesariamente una errónea interpretación del interés público y constituye un exceso o desviación del poder público. De aquí que el artículo 14, ley 19.549, incluya entre los actos nulos a aquellos que violen “la finalidad que inspiró su dictado”.

Ahora bien, “es sumamente difícil... advertir el vicio que recae sobre este elemento [la finalidad]... [e]n parte, en razón de la amplitud o vaguedad del fin en los términos que es definido por el legislador y, en parte, porque el acto raramente contradice o persigue de modo expreso otro fin distinto de aquél que previó el legislador” (BALBÍN, 2008: 127).

De la misma manera que la finalidad del acto administrativo tiene que mantener una relación de correspondencia con el ordenamiento jurídico que interpreta y valora a la luz del interés público, el órgano emisor no puede desentenderse de su propia función según las normas que lo instituyen. En este sentido, la IGJ tiene a su cargo la superintendencia de las asociaciones civiles y fundaciones. Lógicamente, los estándares y preceptos que éstas deben seguir son los sentados por la ley, el estatuto y los reglamentos [arg. arts. 6, inc. (f), 10 y 12, ley 22.315].

Esta referencia debe completarse con lo dispuesto por el decreto 1493/1982 del Poder Ejecutivo Nacional –reglamentario de la ley 22.315–, donde claramente se define cuál es la finalidad específica del control de la IGJ respecto de las asociaciones civiles y fundaciones: “[e]n las asociaciones civiles y fundaciones autorizadas, la Inspección General de Justicia controlará que los propósitos del estatuto sean efectivamente realizados y no se desvirtúe la finalidad perseguida” (art. 30).

En otras palabras, el *leit-motiv* de la intervención de la IGJ no es otro que asegurar la *efectiva* realización de la finalidad de bien común de estas entidades y evitar que ésta se desvirtúe. Con esta idea en mente, corresponde pasar al siguiente acápite.

C.3. Aspecto axiológico

Para el caso en cuestión, la finalidad del artículo 29, ley 19.836, es la protección del patrimonio afectado al bien común (I.B.2).

Más allá de la claridad de este artículo en lo que atañe al interés por él protegido, olvidemos por un momento su existencia para apreciar el hipotético acto administrativo

denegatorio de la autorización solicitada. Partamos de la base de que el acto pretendido (la escisión-fusión) no importa la vulneración alguna de intereses –así lo admite el Departamento–, sino que claramente mejora los recursos de la Fundación para la realización de su finalidad de bien común. Todo ello, para preguntarnos nuevamente: ¿qué finalidad tendría un acto administrativo denegatorio en estos términos? ¿De qué manera ponderaría el interés público y tendería a su realización? Así es que sostengo que una resolución denegatoria de la IGJ en estos términos se hubiera apartado de la única solución justa cuando ella existe, e inclusive hubiera importado un obstáculo a la realización del objeto fundacional. Por ello es que afirmo, una vez más, que semejante resolución denegatoria hubiera estado vacía de todo valor axiológico o “legitimidad” y, consecuentemente, de finalidad.³¹

C.4. Desistimiento

Cuando la Asociación Civil y la Fundación contestaron la segunda vista en el día 30 de noviembre de 2011 fue el acabóse. Se pidió el pase del expediente a resolución, pero fue en vano. La cobardía y la incompetencia administrativa condujeron a las actuaciones a la muerte por *cajoneo* en la oficina de entidades civiles. Perdido hasta el 14 de junio de 2013, cuando me tocara presentar el escrito de desistimiento. Ahí conocí al *Dr. V*, quien comparara la ocasión con la rendición argentina en Malvinas. Paradójicamente, tenía razón: treinta años después, fuerza y arbitrio volvían a imponerse entre nosotros.

Bibliografía

- BALBÍN, Carlos F. (2007), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007.
— *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.) (1984), *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, t. I, Buenos Aires, 1984.
- BIAGOSCH, Facundo A. (2006), *Asociaciones Civiles, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2006.
- CAHIÁN, Adolfo (2003), *Derecho de las fundaciones*, 2ª ed., La Rocca, Buenos Aires, 2003.
- CALCAGNO, Luis M. y VITA, Octavio (2012), “Aspectos jurídicos”, en GECIK, Pedro M. (dir.) (2012), *Manual de asociaciones civiles y fundaciones*, ps. 75-211, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- CASSAGNE, Juan C. (2008), *Derecho Administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- CROVI, Luis D. (2008), *Fundaciones: régimen jurídico y actuación empresarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
— (2006), *Régimen legal de las asociaciones civiles*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- GIUNTOLI, María C. (2004), *Fundaciones*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

³¹ “El concepto de fin violatorio del ordenamiento jurídico comprende no solamente el fin encubierto, sino también el fin que, directa o indirectamente, no responda al interés público concreto exigido para el caso en cuestión, cualquiera sea la índole de la actividad (reglada o discrecionalidad), teniendo presente que “las medidas que el acto involucre deben ser adecuadas a aquella finalidad” (CASSANGE: 2008, 211).

HUTCHINSON, Tomás (2004), "Principio de legalidad. Discrecionalidad y arbitrariedad", en MONCAYO, Guillermo (dir.) (2005), *Revista Jurídica de Buenos Aires*, ps. 297-319, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

LLAMBÍAS, Jorge J. (1964), *Tratado de Derecho Civil: parte general*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.

ORGAZ, Arturo, "Las palabras de la ley", LL, 157-1023, citado en: BESLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.) (1984), "Código Civil y leyes complementarias - comentado, anotado y concordado", t. I, Astrea, Buenos Aires, 1984.